الوسيط في المذهب

٤

الطبعة الأولى
١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م

شركة دراسات للبحوث والاستشارات المصرفية الإسلامية، شركة غير ربحية أسستها المصارف الإسلامية في دولة قطر.

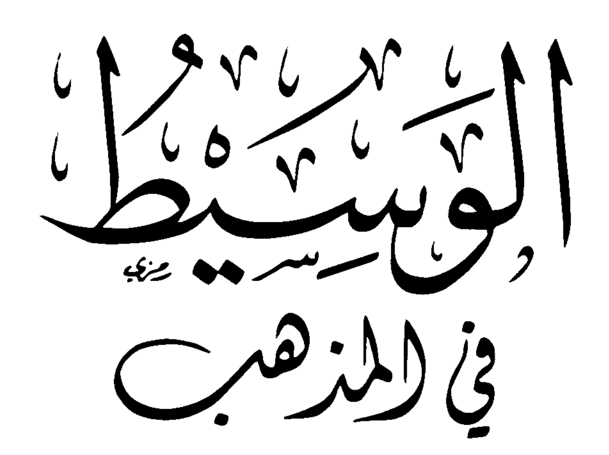
وهي شركة تُعنى بالبحوث والدراسات التي تخدم تطوُّر الصناعة المصرفية الإسلامية وفق آخر المستجدَّات الفقهيَّة، وتعمل على رفع كفاءة الأداء لمنتسبي المصارف الإسلامية، وإعداد دليلِ عملٍ يستند إلى معايير وضوابط شرعيةٍ موحدة لكلِّ منتج، والعمل على تنميط العقود الشرعيَّة.

والله نسأل أن يجعل شركة دراسات حصناً من حصون الدفاع عن دينه وشرعه، وأن يوفِّق القائمين عليها إلى ما فيه الخير والرشاد.

د. وليد بن هادي
رئيس هيئة الرقابة الشرعية
المشرف العام على شركة دراسات



شركة دراسات للبحوث والاستشارات المصرفية الإسلامية
Research Studies & Consulting Islamic Banking



في المذهب

للإمام حجة الإسلام أبي حامد الغزالي

رحمه الله تعالى

(٤٥٠ - ٥٠٥ هـ)

دراسة وتحقيق وتعليق

أ. د. علي محيي الدين القره داغي

الأمين العام للاتحاد العالمي لعلماء المسلمين

ونائب رئيس المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث

المجلد الرابع

وفيه الكتب التالية:

السَّلم، الرَّهن، التَّفليس، الحجر، الصلح، الحوالة، الضمان، الشركة، الوكالة، الإقرار، العارية، الغصب، الشفعة

طبع على نفقة



شركة دراسات للبحوث والاستشارات المصرفية الإسلامية

Research Studies & Consulting Islamic Banking





[١٩]
كتاب السَّلَمِ، والقرض[١]

[وفيه قسمان][٢].

* * *

(١) السَّلَم والسَّلَف بمعنًى واحد، وقيل: السلم لغة أهل الحجاز، والسلف: لغة أهل العراق، وسُمِّي سلمًا: لتسليم رأس المال فيه في المجلس عند الجمهور، وسلفًا: لتقديم رأس المال.
وفي الاصطلاح هو: عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلًا.
وعَبَّر بعض الفقهاء بأنَّه بيع.
وقد ذكر السَّلَم والقرض معًا هنا لوجود علاقة بينهما، وهي أن كليهما قائم على الدَّين في الذمة.
والسَّلَم مجمع على مشروعيته، وأركانه: المسلم، والمسلم إليه، والمسلم فيه، والصيغة الدالة على الرضا (الإيجاب والقبول).
انظر تفصيل ذلك في: «المصباح المنير» (٢/ ٢٨٦)، و«الروضة» (٤/ ٣)، و«الغاية القصوى» (١/ ٤٩٣).

(٢) الزيادة لم ترد في (أ، ق، ي).

القسم الأول

السَّلَم

والأصلُ فيه قولهُ (عليه السَّلام): «مَنْ أسْلَم فَلْيُسْلم في كيلٍ معلومٍ، ووَزْن معلوم، إلى أجَل معلوم»[١].

والدَّيْنُ يثبت في الذمة اختيارًا بالمعاوضة والقرض.

أمَّا المعاوضة: فالبيع، وفي معناه[٢] سائرُ المعاوضات في حق إثبات المال في الذمة.

وأمَّا السَّلَمُ، ففيه ثلاثة أبواب.

❏❏❏

---

(١) الحديث صحيح متفق عليه، ورواه الشافعي وأصحاب السنن، ولفظ مسلم: «من أسلف...».
انظر: «صحيح البخاري مع الفتح» (٤/ ٤٢٨ ـ ٤٣٠)، و«صحيح مسلم» (٣/ ١٢٢٦ ـ ١٢٢٧)، و«سنن أبي داود مع العون» (٩/ ٣٤٨)، و«الترمذي مع التحفة» (٤/ ٥٣٩)، و«النسائي» (٧/ ٢٥٥)، و«ابن ماجه» (٢/ ٧٦٥)، و«نيل الأوطار» (٦/ ٣٨٩).

(٢) في (أ): «معناها»، وما أثبتناه هو الصحيح؛ لأن الضمير راجع إلى البيع.

البابُ الأوَّل

في شرائطه

وهي سبعةٌ:

الأول:

أنْ يكونَ المُسلَم فيه دَينًا؛

لأنّ لفظَ السَّلَم والسَّلَف للدين[١].

فإن قيل: فلو عَقَد[٢] البيعَ بلفظِ السَّلَمِ بأنْ قال: أسلمتُ إلَيك هذا الثوبَ في هذا العبد.

قلنا: لم ينعقدْ سَلمًا.

* **وفي انْعقادِ البيعِ به قولان، ذكرهما القاضي[٣]:**

---

(١) ويشهد على ذلك تفسير ابن عباس آية الدَّين بالسَّلَم، وقال: إنها نزلت في السَّلَم خاصة.
يراجع: «تفسير القرطبي» (٣/ ٣٣٧)، و«الغاية القصوى» (١/ ٤٩٣).

(٢) في (ي): «فيعقد».

(٣) المراد بالقاضي هنا يقول النووي: «اعلم أنَّه متى أطلق القاضي في كتب متأخري الخراسانيين كالنهاية، والتتمة، والتهذيب، وكتب الغزالي ونحوها، فالمراد القاضي حسين، وهو: الإمام أبو علي الحسين بن محمد المروزي ـ بالزاي والذال، من أصحاب الوجوه، وله مؤلفات كثيرة نافعة، توفي عام (٤٦٢هـ).
انظر: «تهذيب الأسماء» (ق١/ جـ١/ ١٦٤، ١٦٥).

أحدهما: لا؛ لأنّ لفظَ السلَم ينبو[١] عن العين.

والثاني: نعم؛ لأنَّ المقصودَ بحكم الحال صار معلومًا منه[٢].

وهو قريب ممَّا إذا قال: بعتك[٣] بلا ثمن؛ أنَّه هل ينعقد هبةً؟

فإن قيل: فَلو أسلم بلفظ الشراء، فقال: اشتريت منك مائة كُرٍّ[٤] من حنطة صفتها كيتَ وكيْتَ؟

قلنا: ينعقد ذلك.

* **وفي ثبوت شرائط السَّلَم** من تسليم رأس المال ومنع الاعتياض **وجهان**:

أحدهما: أنَّه يثبتُ، لأن هذه الشرائط منوطة ببذل المال في مقابلة دَين، لا باسم السَّلَم.

والثاني: أنَّه منوطٌ[٥] باسم السَّلَم؛ إذ ليس يعقلُ فيه المعنى[٦].

نعم، هل يجوز الاعتياض على هذا عن الحنْطة؟ **فيه[٧] طريقان**:

منهم من قال: فيه قولان كما في الثمن.

---

(١) في (ق): «ينبئ»، والمؤدى واحد، وفي (د): «ينبو عنه العين».

(٢) في (ق): «به».

(٣) في (د): «بعت».

(٤) الكر: مكيال يتسع ستين قفيزًا، والقفيز: ثمانية مكاكيك، والمكوك: صاع ونصف. وهو يساوي حوالي ١٥٦٣ كيلوجرام. يراجع لمعنى الكر: «المصباح المنير» (٢/ ١٩٠).

(٥) في (ق): «أنها منوطة»، باعتبار الشرائط، وما أثبتناه من بقية النسخ باعتبار «ثبوت...».

(٦) في (ط): «المعاني».

(٧) لم يرد «فيه» في (أ، ق، ي).

ومنهم من قطع بالمنع؛ لأنَّه مقصود في جنسه، بخلاف الثمن.

فإن قيل: هل[١] يشترط في المُسْلَم فيه بعد كونه دَيْنًا تأجيلُهُ؟

قلنا: لا. خلافًا لأبي حنيفة[٢]؛ إذ قال الشافعيُّ (رضي الله عنه): إذا جاز السلم مؤجلًا فهو حالًّا[٣] أجوز، وعن الغرر أبعدُ[٤].

*** ثم له ثلاثة أحوال:**

- **الأوَّل**[٥]: أنْ يُصرِّحَ بالحلول، فهو الحال[٦].

- **والآخر**: أنْ يُطلقَ، (ففيه)[٧] **وجهان**: **أحدهما**: البطلانُ؛ لأن مطلقه يشعر بالأجلِ، وهو مجهول. **والأصح**: الصحة؛ لأنَّ السلم بيعٌ، إلَّا أنَّه في دين.

- **والثالث**[٨]: أنْ يصرّحَ بالأجل، فلا بدَّ وأن يكون معلومًا.

---

(١) في (ق، د): «وهل».

(٢) حيث ذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنَّه لا يجوز السَّلَم إلَّا مؤجلًا؛ لقول النبي ﷺ «.... **إلى أجل معلوم**».
يراجع: «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٢٠٩)، و«البحر الرائق» (٦/ ١٧٤).

(٣) في (د): «حال»، وفي (ط): «فالحالّ»، والنصْب هنا هو الصحيح؛ لأنَّه حال عن المبتدأ، وهذا جائز عند بعض النحاة. انظر: «شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك» (١/ ٥٩٣).

(٤) يراجع: «الأم» للشافعي (٣/ ٩٧).

(٥) في (ق): «الأولىٰ»، وفي (د): «أحدها»، والكل جائز؛ لأن «الحال» يأتي مذكرًا ومؤنثًا.

(٦) في (أ، ي): «حال».

(٧) في (ق): «فيه».

(٨) في (أ): «والثالثة»، وكذلك في (د)، وكلاهما جائز.

وفيه مسائل:

الأولى: أنَّ التأجيل بالحصادِ والقطافِ والدياس، وما يتقدم ويتأخر فاسدٌ، فإنَّه مجهول.

والمذهبُ، جوازُ تأقيته بالنيروز والمهرجان؛ فإنَّه معلومٌ، وكذا بفصح النّصارى، وفطير اليهود[١] إن كان يعلم ذلك دون مراجعتهم، فإنَّه لا يعتمد على أقوالهم.

ولو أقَّتَ بنفر الحجيج؛ فوجهان؛ لأن للحجيج نفرين.

ومن صَحَّحَ؛ نَزَّلَهُ[٢] على الأول، وهو جارٍ في تأجيله إلى الربيع[٣]، وجمادى؛ فإنَّه متعدد، وتعيُّن[٤] الأول محتمل.

الثانية: لو قال: إلى شهر رمضان، أو إلى[٥] يوم الجمعة؛ يصح ويحل الأجل بأول جزءٍ من رمضان والجمعة.

ولو قال: يؤديه في رمضان، أو في الجمعة[٦]؛ لم يجز؛ لأنَّه جعله ظرفًا ولم يبيِّن وقته.

---

(١) النيروز: عيد المجوس، وهو بداية الربيع، حيث يبدأ من ٢١/٣ من كل عام ميلادي. والمهرجان: هو احتفال الاعتدال الخريفي. والفصح: عيد النصارى بعد صومهم (٤٨) يومًا، فيكون الأحد التالي بعد هذا الصوم هو عيد الفصح. وفطير اليهود: عيد لهم، يكون في الخامس عشر من نيسان (شهر لهم وليس الشهر الرومي).
انظر: «المصباح»، و«المعجم الوسيط».

(٢) في (أ، ق، ي): «نزل».

(٣) في (د): «ربيع» من غير «أل».

(٤) في (ي): «وتعيين»، أي: أن هناك الربيع الأول، والربيع الثاني، والجمادى الأولى، والثانية، فيحمل عند الإطلاق على الأول في الحالات الثلاث.

(٥) في (د): «إلى أول».

(٦) في (د): «يؤديه في يوم الجمعة».

ولو قال: إلى ثلاثة أشهر، وهو وقت مستهل الهلال؛ حسبت الأشهر الثلاثة[١] بالأهلة. وإن كان في أثناء الشهر؛ كُمِّلَ ذلك الشهرُ ثلاثين، واحتُسِبَ شهران بالأهلة اتباعًا لفهم أهل العادة في اتباع الأهلة.

وقال أبو حنيفة: إذا انكسر شهر واحد، كمِّل كل شهر ثلاثين ثلاثين[٢].

أمَّا إذا قال: إلى أول الشهر، أو آخره[٣]؛ قال الأصحاب: هو باطل؛ لأن أول الشهر يعبر به عن النصف الأول[٤] والعشر الأول، وكذا الآخر وهو[٥] مجهول.

قال إمام الحرمين: إذا لم يَكن للشافعي (رضي الله عنه) فيه نص، والمسألة لفظية، فليس يبعدُ مخالفةُ الأصحاب؛ إذْ يظهرُ أنْ يقال: المفهوم منه أول جزء من الشهر، وآخرُ جزء منه، فلا فرق بين أنْ يقولَ: إلى آخر رمضانَ، أو يقول: إلىٰ أول شهر[٦] رمضان، ولا بين أن يقول: إلىٰ العيد أو إلىٰ آخر رمضان.

---

(١) في (ق): «احتسبَ»، وفي (أ، د): «الثلاث»، وهذا غير صحيح لغويًّا.

(٢) حساب الأشهر عند الحنفية بالأهلة إذا ابتدأ الأجل من أول الشهر، أمَّا إذا لم يبدأ منه، فيتمم كل شهر ثلاثين يومًا، أي لا يكتفى بأن يكون الشهر الأول ثلاثين يومًا، ثُمَّ يبدأ الحساب حسب الأهلة، بل يحسب بقية الشهور ـ في الأجل ـ حسب الثلاثين.
انظر: «فتح القدير مع العناية» (٣/ ٢٣٩)، و«الدر المختار مع حاشية ابن عابدين» (٣/ ٤٧٦).

(٣) في (د): «أو إلى آخره».

(٤) في (د) لم يرد «الأول».

(٥) في (د): «فهو».

(٦) لم يرد في (أ، ق، د) «شهر» في المكانين.

الثالثة: قال الشافعي (رضي الله عنه): لو لم[1] يذكرا أجلًا فذكراه قبل التفرق؛ جاز[2].

وهذا يكاد يكون إلحاقَ زيادةٍ بالعقد في مجلس العقد، وطرَّدَهُ الأصحابُ في إلحاق[3] الزيادات في المجلس.

وكان الشافعي (رضي الله عنه) يقول: السلمُ المطلقُ لا يصرِّحُ بالحلول؛ بل هو موقوفٌ في حقّ الأجل على[4] أنْ يتفرَّقا، فالمجلس[5] وقتُ البيان للأجل[6]، ولو ذكر أجلًا مجهولًا وحذف «في المجلس»؛ لم ينقلب العقد بعد فساده صحيحًا؛ لأن المجلس حريمٌ لعقد[7] منعقد، فإذا فسد؛ فلا حريم له، وحكي عن صاحبِ «التقريب» وجهٌ: أنَّه ينحذف[8]. وهو بعيد[9].

الشرطُ الثاني:
القدرة على التسليم

والعَجْزُ مانِعٌ.

وهو ينقسم إلىٰ: المقارنِ والطارئ.

---

(١) في (ي، ق): «ولو»، وفي (د): «ولم».
(٢) يراجع: «الأم» (٣/ ٨٦).
(٣) في (أ): «إلحاقات»، وفي (ق): «التحاق».
(٤) في (ق): «إلى».
(٥) في (ق): «عن المجلس، فالمجلس...».
(٦) في (ق): «لتبيان الأجل».
(٧) في (ق): «حريم العقد»، أي: بالإضافة.
(٨) في (د): «يحذف».
(٩) يراجع: «الأم» (٣/ ٨٥)، و«الروضة» (٤/ ٧)، و«الغاية القصوى» (١/ ٤٩٤ ـ ٤٩٥).

* **أمَّا المقارِنُ:**

فلو أَسْلَمَ في مفقود حالةَ العقد موجود[١] لدىٰ المَحَلِّ؛ صَحَّ عندنا. خلافًا لأبي حنيفة[٢]؛ لأنّ القدرة تعتبر وقت الوجوب بحكم الشرط، ولو كان مفقودَ الجنسِ لدىٰ المَحل؛ بطل وفاقًا.

وإنْ وجدَ في موضعِ آخر؟ فإنْ قَرُبَ من البلد بحيثُ ينقلُ إليه ذلك الشيءُ لغرضِ المعاملَة؛ جازَ. وإن كان لا ينقل إلَّا في مصادرة أو تحفةً مع عسر؛ فَلا يصح.

ولو أَسلم في وقت الباكورة في قدر كثير[٣] يتعسر تحصيله[٤] ولكن يمكن بعد عُسْرٍ؛ ففيه[٥] وجهان، وهو قريبٌ من بيع الطائر المفلت في دارٍ فيحاءَ يعسر أَخْذُه، ولم يُذْكرْ هذا الوجهُ فيما يعسرُ نقلُهُ إلىٰ مكان التسليم؛ لأنَّ التشاغل بنقله[٦] قبل وجوبه يفتقر إلى مدة، فيتراخى وقت الاستحقاق، وليس يبعد أيضًا ذكرُ وجه فيه.

---

(١) في (ق): «موجودًا»، والصواب ما أثبتناه؛ لأنه صفة لمفقود.

(٢) حيث ذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين المحل حتَّى لو كان منقطعًا عن العقد موجودًا وقت المحل، أو على العكس، أو منقطعًا فيما بين ذلك لا يجوز؛ لأن القدرة إنَّما تكون بالتحصيل فلا بدّ من استمرار الوجود ليتمكن من التحصيل.
يراجع: «فتح القدير وشرح العناية» (١/ ٣٣١)، ويراجع: «الغاية القصوى» (١/ ٤٩٧).

(٣) في (أ): «كبير» بالباء.

(٤) في (أ، ط): «تحصيلها».

(٥) في (أ): «فيه»، وسقط في (د) من «فلا يصح...» إلى «عسر».

(٦) لم يرد في (د) «بنقله».

* أمَّا العجز الطارئ:

فهو طريان آفة قاطعة للجنس، ففي انفساخ العقد قولان:

أحدهما: نعم؛ لأنَّه لو اقترن بالابتداء لمنع، فأشبه تلف المبيع (قبل القبض)[١].

والثاني: لا؛ لأن الوفاء به في السَّنة الثانية ممكن، والعقد وارد على الذمة، فأشبه إباق المبيع[٢]؛ فإنَّه يثبت الخيار، ثُمَّ ليس هذا الخيار على الفور، وهو كخيار الإباق؛ وخيار المرأة في الإيلاء؛ لأنَّه نتيجة حق المطالبة بالمستحق، وهو قائم متجدد في كل حال، والأصح أنَّه لا يسقط وإن صرَّح بالإسقاط كما لا يسقط بالتأخير، وفيه وجه أنَّه يسقط[٣].

---

(١) الزيادة من (د).

(٢) في (ق): «العبد المبيع».

(٣) مدار هذا الشرط، وتسامح الشافعية وتوسعهم في مسألة القدرة على التسليم يعود إلى فهمهم للحديث الوارد في السلم عن ابن عباس قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة والناس يسلفون في التمر العام والعامين... فقال: «**من سلَّف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم**» «متفق عليه»، حيث استدل الشافعية بهذا الحديث على أن وجود جنس المسلَم فيه ليس بشرط وقت العقد، حيث لم يذكره الحديث، فلو كان شرطًا لذكره؛ لأن البيان عند الحاجة واجب، وأيضًا فإنَّ عبد الله بن أبي أوْفى قال: كنا نسلف نبيط أهل الشام في الحنْطة والشعير في كيل معلوم إلى أَجل معلوم. قلت: إلى من كان أصله عنده؟ قال: ما كنا نسألهم عن ذلك... ثُمَّ قال الراوي: ثُمَّ بعثت إلى عبد الرحمن بن أبزى، فسألته فقال: «كان أصحاب النبي ﷺ يسلفون على عهد النبي ﷺ ولم نَسألهم ألهم حرث أم لا» رواه البخاري وغيره.
انظر: «صحيح البخاري مع فتح الباري» كتاب السلم (٤/ ٤٢٨ ـ ٤٣٠)، و«مسلم» (٣/ ١٢٢٧)، و«سنن أبي داود مع عون المعبود» (٩/ ٣٤٨)، و«الترمذي مع تحفة الأحوذي» (٤/ ٥٣٩)، و«النسائي» (٧/ ٢٥٥)، و«ابن ماجه» (٢/ ٧٦٥).

فرعٌ:

لو انقطع قبل المحل وعلم دوامه [إلى المحل][(١)]، ففي تنجُّز الانفساخ والفسخ قولان يضاهيان ما إذا قال: والله لآكلن هذا الطعام غدًا؛ فتلف قبل الغد بآفة، هل[(٢)] يحنثُ في الحال؟ وهو محتمل جدًّا[(٣)].

الشرط الثالث:
أن يكون المُسلَم فيه معلوم الوصف

ولا[(٤)] يمكن استقصاء كل وصف، ولكن كل[(٥)] وصف مقصود تختلف به القيمة اختلافًا ظاهرًا[(٦)]، وقد[(٧)] صاغ أهل اللغة عنه عبارة؛ فلا بدّ من ذكره[(٨)]. ثُمَّ ينزل كل وصف عن أقل الدرجات، فإذا ذكر عبدًا كاتبًا لم يشترط التنجُّزُ فيه، بل من ما ينطلق عليه الاسم.

---

(١) الزيادة من (ي، ق): وفي (د): «دوام الانقطاع إلى المحل».
(٢) في (د): «فهل»، وفي (أ): «أنه» بدل «هل».
(٣) ورجح النووي عدم الانفساخ. ولكن المسلم يخير عند المحل على الأظهر، فإن شاء فسخ وإن شاء صبر إلى وجوده. يراجع: «الروضة» (٤/ ١١)، و«الغاية القصوى» (١/ ٤٩٧).
(٤) في (د): «فلا».
(٥) في (ي، أ): «وصف» بدون «كل».
(٦) قال النووي في «الروضة» (٤/ ١٦): «ثم من الأصحاب من يشترط التعرض للأوصاف التي يختلف بها الغرض، ومنهم من يعتبر الأوصاف التي تختلف بها القيمة، ومنهم من يجمع بينهما، وليس شيء منها على إطلاقه...».
(٧) في (د، ط، أ): «فقد».
(٨) أي: ذكر الوصف، وفي (د، ق): «ذكرها»، أي العبارة.

فرعان:

أحدهما: أن الوصف المعرِّف ينبغي أن يكون معلومًا لغير المتعاقدين حتَّى يرجع إليهم عند التنازع، ولسنا[١] نعني به الإشهاد على السَّلَمَ، بل نريد به الاحتراز عن اللغة العربية التي يفهمها أهل الاستفاضة.

فإن فَهِمَها[٢] عدلان سوى المتعاقدين دون أهل الاستفاضة؛ فوجهان[٣].

وكذا المكيال؛ ليكون معروفًا لغيرهما، فلو لم يعرفه إلَّا عدلان؛ فوجهان[٤].

الثاني: لو أسلم **في الجيد**؛ جاز ونزل[٥] على أقل الدرجات. **وفي الأجود**: لا يجوز؛ إذ لا جيد إلَّا وفوقه جيد، فله أن يطلب غير ما يسلم إليه. ولو أسلم **في الرديء**؛ لم يجز إلَّا في رداءة النوع كالجعرور[٦]؛ لأن رداءة العيب لا ضبط لها. ولو أسلم **في الأردأ**؛ فوجهان، والأصح الجواز؛ لأن طلب الأردأ ممَّا يسلم إليه من رديء تعنت وعناد[٧].

---

(١) في (ق): «وكنا».

(٢) في (ط، ي): «فهمه»، وفي (د): «فهم».

(٣) أصح الوجهين: لا يشترط. انظر: «الروضة» (٤/ ٢٩).

(٤) «الروضة» (٤/ ٢٩).

(٥) في (د): «وينزل».

(٦) في (أ): «الجعرور»، قال النووي في «تهذيب الأسماء» (ق٢/ جـ١/ ٥٢): «الجعرور ـ بضم الجيم والراء المهملة وبينهما عين ساكنة ـ: وهو رديء التمر، قال الأزهري: قال الأصمعي: الجعرور ضرب من الدقل. قال ابن فارس: قال أبو عبيدة: الجعرور: الدقل. والدقل أردأ التمر». وانظر: «المعجم الوسيط» (١/ ٢٩١).

(٧) في (ق): «ولجاج».

الشرط الرابع:
تعريف المقدار بالوزن أو الكيل[١] في المُسلَم فيه

ويجوز الوزن في المكيل، والكيل في الموزون.

بخلاف الربويات، فإنَّ ذلك مبني على التعبد. نعم، لا يصح السلم في مكيال من المسك والعنبر، فإنَّ ذلك لا يعد ضبطًا، فالمتبع المعرفة المعتادة[٢].

أمَّا المعدودات: فلا يكفي فيها العد؛ لتفاوتها، بل لا بدّ من الوزن، فيسلم في البطيخ والرمان والبيض والباذنجان بالوزن. وفي الجوز واللوز قد لا يضبطه الوزن؛ لتفاوت القشور، ولكن إن وجد نوعًا يتساوى[٣] غالبًا عرف بالوزن. ويجمع في اللبنات بين الوزن والعدد؛ لأن ذلك لا يعز وجوده؛ فإنَّه مضروب بالاختيار، وكذلك[٤] الآجر إن لم نلحقه بالدبس على رأي؛ لأثر النار فيه[٥].

---

(١) في (د): «والكيل».

(٢) انظر: «الروضة» (٤/ ١٤)، و«الغاية القصوى» (١/ ٤٩٦).

(٣) في (ق): «يتساوى قشور...».

(٤) في (ي): «وكذا».

(٥) لا خلاف بين الفقهاء في جواز السلم في المكيلات والموزونات والمذروعات التي تضبط بالوصف حيث يصح في الحبوب، والثمار، والثياب، ونحوها، ولكنهم اختلفوا في المعدودات، حيث ذهب جمهورهم ـ ما عدا رواية عن أحمد ـ إلى جواز السلم في المعدودات التي لا تتفاوت آحادها مثل الجوز والبيض، وأمَّا المعدودات التي تختلف وتتفاوت آحادها كالبطيخ والرمان، فذهب جماعة منهم الشافعية والمالكية إلى جواز السلم فيها بالوزن، وذهب آخرون منهم الحنفية إلى عدم جوازه.
انظر: «فتح القدير» (٧/ ٧١ ـ ٧٤)، و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٢٠٧)، و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» (٣/ ٢٠٣)، و«المغني» (٤/ ٣٠٨)، و«رحمة الأمة» (ص١٤٦)، و«الغاية القصوى» (١/ ٤٩٦)، و«الروضة» (٤/ ١٤).

فرعٌ:

إذا عيَّن مكيالًا لا يعتاد الكيل به كالقصعة والكوز؛ بطل العقد[١] لعلتين:

إحداهما: الجهل بقدر المسلم فيه، فإنَّه لا يدري أن[٢] الصفقة رابحة أم خاسرة.

والأخرى[٣]: ربَّما يتلف؛ فيتعذر الوفاء بالعقد، والسلم يصان عن غرر لا غرضَ فيه. ولو قال: بعتك من هذه الصبرة بملء هذا الكوز؛ فالأصح الصحة؛ لأن الأقوى التعليل بالغرر وتوقع التلف في السلم. ومن علَّل بالجهل؛ أبطل البيع. والسَّلَم الحال متردد بين البيع والسلم المؤجل؛ ففيه[٤] وجهان.

أما[٥] إذا عين مكيالًا معتادًا وشرط الكيل به[٦]؛ فلا يتعين؛ إذ لا غرض فيه، وهل يفسد به العقد؟ فيه وجهان.

والأصح: صحة العقد؛ لأنَّه هذيان لا يتعلق به غرض.

---

(١) في (د) زيادة «به».

(٢) لم يرد «أن» في (ق، د، ي).

(٣) في (ق، و): «الآخر»، وفي (د): «والآخر أنه».

(٤) في (ق): «فيه».

(٥) في (ق): «فأما».

(٦) في (د): «مكيالًا لا يعتاد، أو شرط الكيل به». وما في (د) ـ من أنَّه لو اشترط مكيالًا لا يعتاد ـ غير صحيح من حيث الحكم الفقهي، فلعله تصحيف، وذلك لأن المذهب الشافعي على أنَّه «لو عين للكيل ما لا يعتاد الكيل به كالكوز؛ بطل السلم... ولو عين في البيع، أو السلم مكيالًا معتادًا؛ لم يفسد العقد على الأصح». «الروضة» (٤/ ١٥)، ويراجع: «الغاية القصوى» (١/ ٤٩٦).

فإن قيل: فلو عيّن شجرة أو بستانًا، وقال[١]: أسلمت إليك في ثمرة هذا البستان؛ **قلنا**: يبطل؛ لعلتين:

إحداهما: ظهور الغرر بتوقع[٢] الجائحة في البستان المعين.

والأخرى[٣]: مناقضة الدِّينية؛ لأن ما يظهر من ثمرة الشجرة متعين لملكه، وحق الدَّين أن يسترسل في الذمة.

أمَّا إذا أضاف إلى ناحية يبعد فيها وقوع الآفة؟ فإن أفاد تنويعًا؛ صح؛ كقوله: معقليّ البصرة[٤]؛ لأن الإضافة كالوصف هاهنا. وإن لم يفد تنويعًا فمنهم من قال: هو كتعيين المكيال؛ إذ لا فائدة له. ومنهم من قطع بأنَّه لا يبطل؛ لأنَّه تعيين لا يضيق مجالًا أصلًا[٥].

الشرط الخامس:
تعيين مكان التسليم في المُسلَم فيه

وفيه قولان، وفي محلهما ثلاثة طرق:

أحدها: أنَّه إن كان في النقل مؤنة، فلا بدّ من التعيين، وإلَّا فقولان.

---

(١) في (ق، د): «فقال».

(٢) في (ق): «التعزير لتوقع...».

(٣) في (د): «والآخر»، والصحيح ما أثبتناه؛ لأن المقصود «والعلة الأخرى».

(٤) هو نوع معروف من التمر بالبصرة. ومعقل ـ بفتح الميم وإسكان العين ـ: نهر معروف عند البصرة، فالنسبة إليه، وقيل: إن النسبة إلى معقل بن يسار الصحابي المعروف (رضي الله عنه).
انظر: «تهذيب الأسماء واللغات» للنووي (ق٢/ ج٢/ ٣٥)، و«المصباح» (٢/ ٧٤).
والإضافة هنا أفادت، حيث خرج بها معقلي بغداد. انظر: «الغاية القصوى» (١/ ٤٩٤).

(٥) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٧)، و«الغاية القصوى» (١/ ٤٩٤).

والثاني: عكس ذلك.

والثالث: إطلاق القولين.

ولعل الأصح أنَّه لا يشترط، ولكن ينزل المطلق على مكان العقد.

الشرط السادس:
تسليم رأس المال في المجلس

ولأن رأس المال إن كان دَيْنًا كان بيع الكالئ بالكالئ[١]. وإن كان عينًا؛ فيجب تعجيله؛ لأنَّه احتمل الغرر في المسلم فيه لحاجة، فيجبر ذلك يتأكد العوض الثاني بالتعجيل.

ثُمَّ لا خلاف أنَّه إن[٢] كان رأس المال نقدًا، ولم يعيِّنه، ثُمَّ عيَّنه في المجلس؛ كفاه؛ لأن المجلس كالحريم، فله حكم الابتداء. وكذلك القول في بيع الدراهم بالدراهم في الصرف. فأمَّا في بيع الطعام بالطعام؛ فوجهان[٣]، من حيث إنه إذا لم يعين[٤] طالت أوصافه وظهرت[٥] قضية الدَّينية، وقرب من بيع الدَّين بالدَّين، بخلاف النقود.

---

(١) الكالئ ـ بالهمزة وبدونها ـ: هو النسيئة، فبيع الكالئ بالكالئ يعني بيع النسيئة بالنسيئة. والمقصود هنا: أنَّه لا يجوز أن يكون رأس مال السَّلَم دينًا، بل لا بدّ أن يكون عينًا حاضرًا في المجلس.
انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٢٠١). ويراجع: «الروضة» (٤/ ٣).

(٢) في (ق، د، ي): «لو».

(٣) في (أ، ق، د): «وجهان»، والصواب بالفاء؛ لأنَّه جواب أما، وفي (ي): «ففيه وجهان». ويراجع: «الروضة» (٤/ ٣١).

(٤) في (ق): «يتعين».

(٥) في (أ، ق، ي): «وظهر»، وهو أيضًا جائز.

فرعٌ:

إذا فُسخ السَّلَم بسبب؛ استُرد عين رأس المال إن كان معينًا عند العقد.

وإن عيّن عند القبض؟ **فوجهان.**

والأصح: الرجوع إلى عينه.

فالقبض[١] في المجلس كإيراد العقد عليه.

وهو ملتفت[٢] أيضًا على أن المسلم فيه إذا رد بعيب كان ذلك نقضًا للملك في الحال، أو هو تبيين لعدم جريان الملك فيه إذا[٣] خالف الوصف المستحق.

الشرط السابع:
تقدير رأس المال

وفيه قولان:

أحدهما: **القياس** ــ وهو اختيار المزني ــ: أنَّه يجوز أن يكون جزافًا[٤]، اعتمادًا على العيان كما في البيع[٥].

والثاني: **لا بدّ من التقدير**؛ لأنَّه قد يفسخ السلم، فيحتاج إلى الرجوع إليه، أو إلى قيمته فيتعذر، والسلم يبعد عن الغرر ما أمكن.

---

(١) في (د): «والقبض».

(٢) في (د، ي): «يلتفت».

(٣) في (د): «إذ»، وكلاهما جائز.

(٤) الجزاف ــ بكسر الجيم، وضمها، وفتحها ــ: بيع الشيء تخمينًا، أي: بلا كيل ولا وزن، وهو فارسي معرب. انظر: «القاموس المحيط»، مادة (جزف).

(٥) في (ق): «المبيع».

واختلفوا في أن هذا الخلاف، هل يجري في الجهل بقيمة رأس المال وفي[١] السلم الحال؟

فإن قيل: هل[٢] يشترط كون المُسْلَم فيه مثمنًا حتَّى لا يجوز السَّلَم في النقود؟

قلنا: فيه وجهان، **والأصح**: جواز السلم فيها؛ إذ لا مانع منه[٣].

❑❑❑

(١) في (ق) بدون واو. ويراجع للتفصيل: «الروضة» (٤/ ١٤).

(٢) في (د): «وهل».

(٣) لم يرد «منه» في (د). ويراجع: «الروضة» (٤/ ٢٧).

البابُ الثَّاني

في بيان[١] ما يجب وصفه في المُسلَم فيه على التفصيل، وما يمتنع السَّلَم فيه لعزة وجوده، أو لعدم إحاطة الوصف به

والنظر في أجناس الأموال[٢]:

الجنس الأول: الحيوان

والسَّلَم[٣] فيه جائز عندنا، خلافًا لأبي حنيفة[٤].

---

(١) في (د) لم يرد: «بيان».

(٢) في (أ، ق): «من الأموال».

(٣) في (د): «فالسلم».

(٤) ذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنَّه لا يجوز السلم في الحيوان مطلقًا؛ لأنَّه ـ حتَّى بعد وصفه ـ يبقى تفاوت فاحش في المالية، فيفضي إلى المنازعة، واستدلوا بما روي أن النبي ﷺ «**نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة**» أخرجه أصحاب السنن الأربعة، وقال الترمذي: حسن صحيح، وهناك أحاديث أخرى في هذا الباب. يراجع: «فتح القدير مع شرح العناية على الهداية» (٥/ ٣٢٩)، و«البحر الرائق» (٦/ ١٧١)، و«الدر المختار مع رد المحتار» (٥/ ٢١١). ويراجع: الحديث في «سنن الترمذي مع شرح تحفة الأحوذي» (٤/ ٤٣٦)، و«سنن أبي داود مع عون المعبود» (٩/ ٢٠٥). ويراجع: «نصب الراية» (٤/ ٤٦ ـ ٥٠).
واتفق مع الشافعية في جواز السلم في الحيوان: المالكية، والحنابلة، وإسحاق، وأبو ثور، وغيرهم. يراجع: «بداية المجتهد» (٢/ ٢٥٧)، و«الغاية القصوى» (١/ ٤٩٥)، و«المغني» (٤/ ٣٠٨).

والمعتمد فيه الأحاديث والآثار[١]، وإلَّا فالقياس منعه؛ إذ أقرب الحيوانات إلى قَبول الوصف: الطيور والحمامات، ويختلف الغرض بكبرها وصغرها، ونحن[٢] لا نجوِّز السَّلَم في المعدودات إلَّا بالوزن، والوزن لا يضبط الحيوان مع اشتماله على أخلاط متفاوتة.

ولكن إذا ثبت بالأحاديث **فالرتبة العليا منه:**

* السَّلَم في الرقيق:

ويشترط فيه [التعرض][٣] للنوع، واللون، والذكورة، والأنوثة، والسن؛ فيقول: عبد تركي أسمر ابن سبع، أو ابن عشر.

والأصح أنَّه لا بدّ من ذكر القامة، فيقول: طويل، أو قصير، أو رَبْعٍ. ثُمَّ ينزل في كل رتبة على الأقل، ولا يقيد بالأشبار[٤] فيعز وجوده.

وقال العراقيون: لا يشترط القامة.

أمَّا التعرُّض لآحاد الأعضاء وكيفية أشكالها فلا يعتبر؛ لأن ذلك بين أن يطول أو ينتهي إلى عزة الوجود.

---

(١) وقد روي أن رسول الله ﷺ أمر عبد الله بن عمرو أن يجهز جيشًا، فنفدت الإبل، فأمره أن يأخذ من قلائص الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة. رواه أبو داود، وأحمد، والحاكم في «المستدرك» وقال: صحيح على شرط مسلم. وقال الحافظ ابن حجر: «وفي الإسناد ابن إسحاق، وقد اختلف فيه، ولكن أورده البيهقي في السنن وصححه».
انظر: «سنن أبي داود مع عون المعبود» (٩/ ٢٠٦)، و«المستدرك» (٢/ ٥٦)، و«نصب الراية» (٤/ ٤٧)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٨).

(٢) لم يرد «نحن» في (ق)، وفي (د): «وعن هذا».

(٣) الزيادة من (ق)، وهي زيادة مفيدة.

(٤) في (د): «بالأشبان».

أمَّا[١] الكحل والدعج[٢] وتَكَلْثُم الوجه[٣]، وكون الجارية خميصة[٤] مثقلة الأرداف ريَّانة الساقين[٥]، وما يجري مجراه ممَّا يقصد ولا يطول ولا ينتهي إلى عزة الوجود. قال العراقيون: لا يشترط[٦]. وميل المراوزة إلى اشتراطه.

وفي المَلاحة تردد للقفال منشؤه[٧] أنها جنس يُعرف أم[٨] يختلف بميل الطباع.

* الرتبة الثانية: البهائم:

قال الشافعي (رضي الله عنه): يقول في البعير: أسلمت إليك في ثنيٍّ من نَعَمِ بني فلان، غير مودن، نقي من العيب[٩]، سبط الخلق[١٠]، مجفر الجنبين.

---

(١) في (د): «وأما».
(٢) الكَحَل ـ بفتح الكاف والحاء ـ: سواد يعلو الجفون خِلقة. «المصباح» (٢/١٨٦).
الدَّعَج ـ بفتح الدال والعين ـ: هو سواد في العين. وقيل: شدة سوادها في شدة بياضها. انظر: «المصباح المنير» (١/٢٠٨).
(٣) أي: اجتمع لحمه بلا جهومة، فيقال: كلثم وجهه، أي: اجتمع لحمه بلا جهومة، والكلثوم: الممتلئ لحم الخدين والوجه. انظر: «المعجم الوسيط» (٢/ ٧٩٥).
(٤) أي: أنها ليس لها كرش، ولا بطن يظهر، والمقصود أنها وثيقة. انظر: «المعجم الوسيط» (١/٢٥٦).
(٥) أي: أن ساقيها ممتلئتان متينَتان كثير لحمهما. انظر: «المعجم الوسيط» (١/ ٣٨٤).
(٦) انظر: «الروضة» (٤/١٩ ـ ٢٠).
(٧) في (ق): «القفال»، وفي (ي): «مُنشأهما».
(٨) في (د): «أو».
(٩) في (ق): «العيوب».
(١٠) أي: مستوى الخلق، أو المسترسل. انظر: «مختار الصحاح» (ص٢٦٧).

أمَّا **الثني** فهو الذي استكمل خمس سنين، وبيان السِّن لا بدّ منه. **والمودن**: الناقص القصير. **ومجفر الجنبين**: عظيمهما. وهو يضاهي التعرض للقد في العبيد[١].

وقوله: نقي من العيوب احتياط، ولا بدّ أيضًا من ذكر اللون.

*** فرعٌ:**

إذا[٢] اختلف نَعَمُ بني فلان، قال العراقيون: صح ونزل على ما ينطلق عليه الاسم. وهذا تساهل، بل الوجه القطع باشتراط تمييز الأنواع إذا سهل ذلك.

وكذلك الخيل يتعرض فيها[٣] للون والسِّنّ والنوع؛ كالعربي والتركي.

أمَّا الشيات[٤]؛ كاللطيم، والأغر، والمحجَّل[٥]، فذكرها احتياط وليس بشرط.

---

(١) في (د): «العبد».

(٢) في (ق، د): «إن».

(٣) في (ق، ي): «فيه»، ولم يروِ فيها «النوع».

(٤) في بعض النسخ مثل (ي): «الشياة»، بالتاء المدورة على أساس أن المقصود بها هو الغنم، ولكن الصحيح هو بالتاء الطويلة المفتوحة، ويكون المراد به الألوان. وهذا ما وجد في هامش نسخة (ط)، حيث كتب: «الشيات الألوان»، وهو المقصود، حيث أتى بعده الألوان في الحيوانات.

(٥) اللطيم: هو الفرس الذي تكون الغرة في أحد شقي وجهه، فيقال: لطمت الغرة الفرس: أي سالت في أحد شقي وجهه. والأغر: الأبيض من الحيوان، أو هو: الفرس الذي تكون له غرة في جبهته. والغرة: بياض فوق الدرهم. والمحجل: ما كان في قوائمه، أو ثلاث منها بياض، أو في رجليه فقط، ولا يجاوز الركبتين. انظر: «المصباح المنير»، و«القاموس المحيط»، و«لسان العرب»، مادة: (لطم، غرر، حجل).

* **الرتبة الثالثة: الطيور:**

يتعرض فيها[١] للون والنوع والكبر والصغر، وسنُّها لا تعرف أصلًا.

فرعٌ:

إذا شَرَطَ مع الجاريةِ الخادمةِ ولدَها؛ جاز؛ لأن ذلك لا يعز[٢] في الحاضنات. وإن[٣] كان يطلب الجارية للتسري، فقد ينتهي شرط ذلك إلى عزة الوجود؛ فلا يجوز.

الجنس الثاني:
في أجزاء الحيوان وزوائده[٤]

وفيه مسائل:

* **الأولى**: يصح السَّلَم في اللحم؛ فتقول: لحم بقر، أو غنم: ضأن أو ماعز، ذكر أو أنثى، خصي أو غير خصي، رضيع أو فطيم، معلوفة أو راعية، من الفخذ أو من الجنب. ولا يشترط نزع العظم، فإنَّه كالنوى من التمر[٥].

* **الثانية**: إذا شرط[٦] في اللحم الهُزال؟ لم يجز؛ لأنَّه عيب

---

(١) في (ق، ي): بدون «فيها»، وفي (د): «ويتعرض».
(٢) في (د): «يَعسر»، وفي (ق): «لا يعز وجوده».
(٣) في (ق، د): «ولو».
(٤) لم يرد في (د) «وزوائده».
(٥) انظر: «الروضة» (٤/ ٢٠ ـ ٢١). وذكر أنَّه في كتب العراقيين أمر سابع، وهو بيان السِّمَن والهزال، ولا يجوز شرط الأعجف؛ لأنَّه عيب، وشرطه مفسد للعقد.
(٦) في (أ): «اشترط».

لا ينضبط[١]. ولو أسلم في المشوي والمطبوخ[٢]؟ لا يجوز؛ لاختلاف أثر النار.

وقال الصيدلاني: إذا أمكن ضبطه بالعادة؛ جاز، فإنَّ الأصح جوازه في الخبز، والدِّبس، والسُّكر[٣]، والفانيذ[٤]، وفي الخبز والدبس وجه آخر[٥] بعيد.

* **الثالثة**: السَّلَم في رؤوس الحيوانات قبل التنقية من الشعور باطل. وبعد التنقية قولان[٦].

ووجهه: أن الوزن لا يحصره[٧]، والكبر منه مقصود، فيلحق[٨] بالمعدودات لا بالحيوانات. والأكارع أولى بجواز السلم فيها[٩]؛ لأنها أقرب إلى قبول الضبط.

---

(١) في (د) زيادة: «بالعادة».
(٢) في (ق): «أو المطبوخ».
(٣) لم يرد في (د) «والسكر». وحكمه حكم الفانيذ ونحوه ممَّا ذكره بالاتفاق. انظر: «الروضة» (٤/ ٢٢)، حيث ذكر فيها وجهين، واستبعد إمام الحرمين المنع فيها.
(٤) والفانيذ: نوع من الحلوى، وهي كلمة فارسية. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ١٣٨).
(٥) لم يرد في (ي) «آخر».
(٦) والأظهر البطلان، وأن الأكارع كالرؤوس. انظر: «الروضة» (٤/ ٢٢).
(٧) في (د): «ووجه المنع أنها مشتملة على مركبات تختلف المقاصد بها، والوزن لا يحصره. . .».
وفي (ق): «ووجهه أن الوزن لا يحصر فيها. . .»، وما أثبتناه من (أ، ي، د، ط).
ويراجع: «الروضة» (٤/ ٢٢).
(٨) في (ق، د): «فيلتحق».
(٩) في (أ، ق، د، ط): «فيه»، أي باعتبار النوع، والأكارع جمع أكرع، وهي: قوائم الدابة، كما في «المصباح» (٢/ ١٩١).

* **الرابعة**: السمك المملَّح: يجوز السَّلَم فيه إن لم يكن للملح وزن، وإلَّا فلا؛ إذ لا يعلم المقصود منه بالوزن.

* **الخامسة**: الجلود المدبوغة: إن كانت غير مقطوعة على التناسب؛ لم يجز السلم فيها[١]؛ لتفاوت أطرافها. وإن قطعت كالنعال السبتية[٢]؛ فالظاهر[٣] جواز السَّلَم فيها بالوزن، وفيه[٤] وجه للمنع؛ للتفاوت في الغلظ والدقة.

السادسة: يجوز السلم في زوائد الحيوان من اللبن والسمن والزبد والمخيض: فيذكر الوزن والصفة وما تختلف به القيمة، ويذكر الحموضة في المخيض: وينزل على أقل الدرجات، ويذكر في الصوف والوبر اللين، والخشونة، واللون، والطول، والقصر.

الجنس الثالث:
الثياب وأصولها

فيذكر في الثوب: الطول والعرض واللون[٥] والأصل[٦] ـ أنَّه من قطن أو كتان أو إبريسم ـ، والبلد الذي ينسج فيه إن اختلفت به القيمة.

ويسلم في القطن، ويذكر اللين والخشونة واللون والوزن، وإن كان

---

(١) لم يرد في (د) «فيها».
(٢) النعال السبتية ـ بكسر السين ـ: هي النّعال المصنوعة من السبت، وهو الجلد المدبوغ، وخصَّه بعضهم بجلد البقر. انظر: «لسان العرب»، و«القاموس المحيط»، و«المصباح»، مادة (سبت).
(٣) في (ق): «فإن».
(٤) في (د): «ووجه المنع»، أي بدون «فيه».
(٥) لم يرد في (د) «واللون».
(٦) في (ق): «فالأصل».

مستترًا بالجَوَز[١]؛ لم يجز السلم فيه، ويجوز[٢] في المحلوج[٣] وغير المحلوج وإن كان فيها الحبات، وكذلك يذكر في الإبريسم: الدقة والغلظ والناحية التي منها يُجلب.

ويصح[٤] السَّلَم في المصبوغ من الثياب، فيذكر قدر الصبغ ودرجاته. وتردد العراقيون في المصبوغ بعد النسج، وزعموا أن ذلك[٥] ضم صبغ لا يعرف قدره إلى الثوب، وهو باطل بالمصبوغ قبل النسج.

الجنس الرابع: الفواكه

ويجوز السَّلَم في رطبها ويابسها وآلات الصيادلة إلَّا ما هو مخلوط منه، فيذكر من جميعها ما تختلف به القيمة.

ويذكر في العسل أنَّه جبلي أو بلدي، والجبلي خير، وأنَّه ربيعي أو خريفي، والخريفي خير، ويذكر اللون ويتعرض للعتق والحدوث في الرطب[٦] وبعض الفواكه، ولا حاجة إليه في البر والحبوب؛ إذ لا يختلف به غرض إلَّا إذا قرب من السوس[٧]، فإنَّ ذلك عيب. وأمَّا الشهد: قال الفوراني: هو مختلط فلا يسلم، والأصح جوازه؛ لأنَّه متناسب[٨].

---

(١) الجَوَز ـ بفتح الجيم والواو ـ هنا: الجلد الذي يغشى به السلال، والواحدة: «جوزة». انظر: «القاموس المحيط»، مادة (جوز).

(٢) في (د): «ويجوز السلم...».

(٣) والمحلوج: هو القطن ـ أو الصوف ـ الذي نظم وأرسِل ما به من علائق. انظر: «لسان العرب»، مادة (حلج).

(٤) في (د): «ويصح».

(٥) سقط «ذلك» في (د).

(٦) في (ق): «والحديث في التمر»، والمؤدى واحد.

(٧) في (د): «التسوس».

(٨) في (ق): «متناسب الجنس».

الجنس الخامس: الخشب

فما يراد للحطب تقل[١] صفاته يذكر الجنس والوزن، ولا حاجة[٢] إلى ذكر اليبوسة؛ فإنَّ الرطوبة عيب في الحطب، والغلظ والدقة لا بدّ من ذكرهما[٣]. وما يراد للنجر كالجذوع والعمد، فيذكر[٤] الطول والعرض والاستدارة والنوع.

وقال الشيخ أبو محمد: يحتاج إلى[٥] شرط الوزن أيضًا؛ لأنَّه قد يصير حطبًا، فيطلب وزنه.

والمنحوت من الخشب لا يجوز السلم فيه[٦]؛ لتفاوت أجزائه، إلَّا إذا تناسب على وجه يمكن ضبطه ولا يختلف. ويجوز السَّلَم في خشب النبال قبل النحت.

الجنس السادس: في الجواهر[٧]

فيذكر في الحديد: الوزن، والذكورة والأنوثة، ويتعرض في النحاس وغيره ما تختلف به القيمة[٨].

ويتعرَّض في حجر الرحى: للطول والعرض والاستدارة والوزن.

واللآلئ واليواقيت لا يسلم فيها؛ لعزة وجودها إذا أطنب في وصف

---

(١) في (ق): «فتقل».

(٢) في (د): «ولا يحتاج».

(٣) في (أ، د، ط، ي): «ذكره»، أي: كل واحد منهما.

(٤) في (ق) زيادة «فيهما».

(٥) في (ق، د): «ومال الشيخ أبو محمد إلى...»، والمؤدى واحد. وجاء في «الروضة» (٤/ ٢٦): «ولا يشترط الوزن على الصحيح، وشرطه الشيخ أبو محمد...».

(٦) في (ق): «فيها».

(٧) في (د) لم يرد «في».

(٨) في (د): «القيم». ويراجع: «الروضة» (٤/ ٢٦).

ما تختلف به القيمة[1]، واللآلئ الصغار التي لا يعز وجودها، فيجوز السَّلَم فيها بالوزن، قال الشيخ أبو محمد: وكذلك فيما يتجلَّى به غالبًا وهو ما لا يزيد وزنه على السدس؛ فإنَّ ذلك أيضًا يكثر وجوده، وتُعرف صفاته[2].

الجنس السابع: المختلطات

وهي أربعة[3] أضرب:

* الأول: المختلط خلقة:

كاللبن والشهد؛ يجوز السَّلَم فيها[4].

---

(١) في (ق): «قيمتها».

(٢) يراجع: «الروضة» (٤/ ٢٦)، و«المهذب» (١/ ٣٠٣).

(٣) هكذا في جميع النسخ التي بين أيدينا ما عدا نسخة (ط): حيث كتبت بالهامش «ثلاثة»، وأشارت إلى أنها من نسخة مصححة أخرى. وحينما ننظر في الكتاب لا نجد «الضرب الرابع» بالنص، ولكن «فتح العزيز» الذي هو شرح لـ«الوجيز» الذي هو مختصر لـ«الوسيط»، و«الروضة» التي هي «مختصر فتح العزيز» ذكر الأضرب الأربعة، وهي كالآتي:
الأول: المختلطات المقصودة الأركان، ولا ينضبط أقدار أخلاطها وأوصافها، كالهريسة، ومعظم المرق، والحلوى، والمعجونات، والغالية المركبة من المسك والعود. فلا يصح السلم فيها.
الثاني: المختلطات المقصودة الأركان التي تنضبط أقدارها وصفاتها؛ كثوب العتابي، والخز المركب من الإبريسم والوبر... يجوز السلم فيها على الصحيح المنصوص؛ لسهولة ضبطها.
الثالث: المختلطات التي لا يقصد منها إلَّا الخليط الواحد؛ كالخبز فيه الملح، والجبن، فيصح السلم فيها عند الإمام والغزالي.
الرابع: المختلطات خلقة كالشهد، فالأصح صحة السلم فيه. انظر: «الروضة» (٤/ ١٦ ـ ١٧).

(٤) في (ق): «فيهما»، أي: في اللبن، والشهد.

*** الثاني[١]: ما لا يقصد خليطه:**

كالجبن وفيه الأنفحة[٢]، والخبز وفيه الماء والملح؛ يجوز السَّلَم فيه؛ لأنَّه في حكم الجنس الفرد.

*** الثالث: ما يقصد جميع أركانه:**

كالمعجونات، والمرق، ومعظم الحلاوي، والخفاف، والصنادل[٣]، والقسي والنبال، لا يجوز السلم في شيء منها؛ لأنَّه لا تنضبط آحاد أركانه.

وكذلك قسي العرب[٤] وإن لم يكن فيه إلَّا خشب، ولكن يتفاوت تخريطه وهيئاته.

ويجوز السَّلَم في دهن البان، والبنفسج؛ **لأنَّه لا يقصد تخليطه**، بل لا يخالطه البنفسج؛ فإنَّ السمسم يروج بالبنفسج ثُمَّ يعتصر.

وظن المُزني أنَّه يختلط بعينه، فمنع السلم فيه وهو غلط[٥].

فرعان:

أحدهما: خل الزبيب والتمر: قطع العراقيون بجواز السَّلَم فيه.

---

(١) في (د): «والثاني».

(٢) الإنفَحة ـ بكسر الهمزة وفتح الفاء ـ: هي بمثابة الكرش للحمل، أو الجدي ما لم يأكل، وإذا أكل فيسمى الكرش، فالإنفحة حينما يكون في بطن أمه، أو بعد الولادة ما لم يبدأ بالرعي والأكل، فإذا بدأ به فيسمى بالكرش.
انظر: «مختار الصحاح» (ص٩٠).

(٣) وفي (د): «وآلات الصيادلة». والخفاف: جمع خف، وهو يصنع من الجلد الرقيق، أو نحوه، يلبس ساترًا للقدم. والصنادل: جمع الصندل ـ وهو لفظ فارسي يراد به: خف بنعل متين له سيور من الجلد يثبت بها في القدم.
يراجع: «المعجم الوسيط» (١/ ٥٢٥).

(٤) في (ط، د): «القسيّ العربية»، وكلاهما جائز. والقسيّ، جمع قوس.

(٥) «مختصر المزني» بهامش «الأم» (٢/ ٢٠٩)، ويراجع: «الروضة» (٤/ ١٦).

وقطع المراوزة بالمنع(١)؛ لأنَّه يمنع معرفة المقصود؛ إذ قدر الماء يختلف فيه.

الثاني: العتابي: مركب من القطن والإبريسم. فيه وجهان؛ لأنَّه في حكم جنس واحد من وجه.

ونصُّ الشافعي (رضي الله عنه) على السَّلَم في الخز، محمول عند هذا القائل على ما إذا لم يكن فيه إبريسم، بل اتحد جنسه.

وعلى الجملة: الحكم في جميع ذلك العرف والعادة.

ولا يمكن الوفاء بجميع الصور، وفيما ذكرناه تنبيه على ما تركناه.

❑❑❑

(١) في (د): «بمنعه».

البابُ الثَّالث

في أداء المُسلَم فيه

والنظر في: صفته وزمانه ومكانه.

أمّا الصفة

فلو أتى بغير جنسه؛ لم يجز قَبوله؛ لأنَّه اعتياض. وإن أتى بأَردأَ منه؛ جازَ قبولُه، ولم يجبْ. وإن أَتى بأجودَ؛ وجبَ قَبوله، وقيل: لا يجب؛ لأنَّه فيه مِنَّةٌ، وهو بعيد(١).

ولو أتى بنوع آخر كما لو أسلم في الزبيب الأبيض فأتى بالأسود، ففي جواز القبول وجهان، منشؤه أن اختلاف النوع كاختلاف الوصف أو كاختلاف الجنس(٢).

وتردَّدوا في أن التفاوت بين المسقيَّة(٣) من الحنطة وما يسقى من

---

(١) والقاعدة في هذه المسائل هي: أن الوصف في السلم ينزل في كل شيء على أقل درجاته، فإذا أتى بما يقع على اسم الوصف المشروط كفى ووجب قبوله؛ لأن الرتب لا نهاية لها، وهي كمن باع بشرط أنَّه كاتب، أو خباز.
انظر: «الروضة» (٤/ ٢٩).

(٢) القاعدة في هذه المسألة: أنَّه يجب على المسلِم أن يسلم إلى المُسلَم له جنس الشيء المتفق عليه، ولكن الفقهاء قد يختلفون فيما هو جنس، فمثلًا فالأبيض والأسود في الزبيب هل يعتبران جنسين مختلفين، أم جنسًا واحدًا؟
انظر: «الروضة» (٤/ ٢٩، ٣٠).

(٣) في (ي، أ): «السقية»، والمقصود أنَّه جرى خلاف بين الفقهاء في أن التفاوت =

السماء تفاوت صفة أو تفاوت نوع.

وكذلك في الرطب مع التمر، وترددوا في أن التفاوت بين الهندي والتركي من العبيد اختلاف جنس أو اختلاف نوع؟[١].

فرعٌ:

لو أسلم في لحم السمك لم يلزمه قبول الرأس والذنب، وكذا لحم الطير.

ولو أسلم في السمك والطير لزمه القبول.

أمَّا الزمان

فلا يطالب[٢] إلَّا بعد المحل.

ولكنه لو جاء به قبل المحل؟ فإن كان له في التعجيل غرض بأن كان بالدَّين رهن، أو ضمان، أو المكاتب عجل النجوم، يجبر على القَبول.

وإن لم يكن غرض سوى البراءة نُظر: فإن كان للمتنع غرض بأن كان في وقت نهب[٣] أو كانت دابة يحذر من علفها؛ فلا يجبر.

وإن لم يكن غرض في الامتناع؛ **فقولان:**

أحدهما: يجبر؛ لأن الأجل حقُّ مَن عليه الدَّين وقد أسقطه.

والثاني: لا؛ لأنَّه فيه منّة.

= بين ما سُقي بماء السماء، وما سقي بغيره، تفاوت نوع أو تفاوت صفة، والأصح في المذهب هو أنَّه تفاوت نوع، فيكون فيه الخلاف السابق.
انظر: «الروضة» (٤/ ٣٠).

(١) والصحيح في المذهب هو أنَّه تفاوت نوع. انظر: «الروضة» (٤/ ٣٠).

(٢) في (د): «فلا تطالبه».

(٣) في (د) زيادة: «أو غارة».

فإن قيل: لو[١] صرَّح من عليه الدَّين بإسقاط الأجل، هل يسقط حتَّى يتوجه عليه[٢] المطالبة؟

قلنا: فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه[٣] وصف تابع كالصحة في الدراهم لا يسقط بمجردها مع بقاء الأصل.

والثاني: نعم؛ لأن الدَّين عليه والأجل هو[٤] له.

فرعان:

أحدهما: لو خاف المُسْلَمُ إليه الانقطاع لدى المحل، فهل يكون هذا عذرًا في التعجيل؟ فيه وجهان[٥].

الثاني: لو سلم في غير مكان العقد وكان فيه مؤنة، فهذا عذر من جانب المستحق؛ فلا يجبر، أمَّا إذا أتى بالحق بعد حلوله فلا شك في الإجبار إن كان للمؤدي غرض، وإن لم يكن غرض فطريقان.

ولا أثر هاهنا لعذر المستحق، منهم[٦] من قال: فيه قولان كما قبل المحل؛ لأنَّه حقه، فله التأخير إلى حيث يشاء، ومنهم من قطع بالإجبار لغرض البراءة فليأخذ أو ليبرأ.

---

(١) في (د): «فلو».
(٢) سقط «عليه» من (د).
(٣) في (د): «لأن الأجل».
(٤) في (ق) لم يرد «هو».
(٥) ويراجع: «الروضة» (٤/ ٣٠ ـ ٣٢).
(٦) في (د): «ومنهم».

أمَّا مكان التسليم

فيتعين[١] فيه مكان العقد إمَّا بالتعيين أو بالإطلاق، فلو ظفر به في غيره وكان في نقله مؤنة لم يطالب به، وإن لم يكن مؤنة فله المطالبة، وكذا[٢] في سائر الديون، إلَّا في الغاصب فإنَّ في مطالبته مع لزوم المؤنة وجهين[٣] تغليظًا عليه، ثم[٤] حيث منعناه من المطالبة بالمثل لِمَا فيه من المؤنة، فلا بدّ من القيمة لوقوع الحيلولة بعد ثبوت الاستحقاق وتوجه المطالبة، هذا تمام القول في السَّلَم.

❏❏❏

(١) في (ي، أ، ق): «يتعين»، والصواب ما أثبتناه.
(٢) في (ق): «وكذلك».
(٣) في (ي، أ): «وجهان»، وهو خطأ؛ لأنَّه اسم «إن» وهو منصوب.
(٤) في (أ، ق): «من».

القسم الثاني من الكتاب

النظر في القرض[(١)]

والنظر في: حقيقته، وركنه، وشرطه، وحكمه.

* * *

(١) القرض ـ بفتح القاف وكسرها ـ لغة: مصدر قرض الشيء قرضًا، أي: قطعه، ويقال: قرضه ذات اليمين، أي: تجاوزه وتركه على الشمال. والقرض: ما تعطيه غيرك من مال على أن يرده إليك، وما يقدم من عمل يلتمس عليه الجزاء، والقرض الحسن قرض بدون ربح، أو فائدة.
وفي الاصطلاح: عرّفه البيضاوي الشافعي بأنَّه إعطاء مال يسترد مثله متى شاء، وعرَّفه الحنفية: بأنَّه ما يعطيه من مال مثلي ليُقضى مثله؛ والتعريف الجامع هو: تمليك شيء لآخر على أن يرد بدله، حيث يشمل القيمي والمثلي. انظر: «المعجم الوسيط» (٢/ ٧٢٦)، و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ١٧١)، و«الغاية القصوى» (١/ ٤٩٩)، و«الروضة» (٤/ ٣٢).

أمَّا الحقيقة

فهي مَكْرُمة؛ جوَّزتها الشريعة[١] لحاجة الفقراء، ليس[٢] على حقائق المعاوضات؛ ولذلك لا يجوز شرط الأجل فيه؛ لأن المقرض متبرع والمتبرع بالخيار في تبرعه، [والأجل يمنع الرجوع][٣]. ولو لزم الأجل لكان معاوضة، ولوجب التقابض [في المجلس][٤]؛ لأنَّه مقابلة دراهم بمثلها.

وقال مالك: يثبت الأجل[٥]؛ و[لذلك][٦] لو رجع عن الإقراض في الحال قبل تصرف المستقرض، وطالب[٧] به؛ جاز.

---

(١) في (ق): «جوزها الشرع».

(٢) في (ق): «وليس».

(٣) الزيادة من (ق)، قال في «الروضة» (٤/ ٣٤): «ولا يجوز شرط الأجل فيه، ولا يلزم بحالٍّ».

(٤) الزيادة لم ترد في (أ، د، ط، ي). ونظرة الشافعية في هذه المسألة دقيقة اقتصاديًّا؛ لأنها تدل على أن للزمن قيمة، وبالتالي فلا يتحقق التماثل بين الآجل والعاجل.

(٥) حيث أجاز مالك اشتراط الأجل في القرض؛ وحينئذ يصبح لازمًا.
يراجع: «القوانين الفقهية» لابن جزي، ط دار الكتاب العربي، بيروت (ص٢٨٤)، و«بداية المجتهد» (٢/ ٢٦٩).

(٦) في (د، أ): «كذلك».

(٧) في (أ): «فطالب».

وقال مالك: لا يجوز؛ وطرد ذلك في العواري[١].

وكأن القرض عند الشافعي (رضي الله عنه) إذن في الإتلاف بشرط الضمان، فهو قريب منه إن لم يكن عينه[٢].

❑❑❑

(١) يراجع: «الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (٣/ ٢٥٦) حيث جاء فيه: «وملك المقترض القرض بالعقد ككل معروف من هبة، وصدقة، وعارية وإن لم تقبض»، وجاء في «حاشية الدسوقي»: «أن القرض يتم ملكه بالعقد وإن لم يقبض، فإن حصل للمقرض مانع قبل الحوز؛ لم يبطل؛ لخلاف غيره من المعروف»، كما أن الأجل المضروب يجب احترامه عند مالك.

(٢) يراجع: «الأم» (٣/ ١٣٩)، و«مختصر المزني» (٢/ ٢٠٧)، و«الغاية القصوى» (١/ ٤٩٩).

أمَّا ركنه

فالمُقرض، والمُقترض(١)، والصيغة.

أمَّا الصيغة

فقوله: أقرضتكم أو خذه بمثله.

*** وهل يشترط القبول؟**

وجهان:

* أحدهما: لا؛ لأنَّه إذن في الإتلاف بعوض.

والثاني: نعم؛ لأنَّه يملك المستقرض بالقبض أو بالتصرف(٢)، فليس إتلافًا محضًا.

أمَّا المُقْرِض

فليس يشترط فيه إلَّا أهلية التمليك والتبرع؛ لأنَّه تبرع، ولذلك لا يجوز في مال الطفل إلَّا لضرورة، وكذا المكاتب على ما سيأتي في الرهن.

---

(١) في (د): «والمقترض»، وهو غير مناسب للمقام؛ لأن المقصود الشيء المقرض، وليس الإنسان المقترض، كما يظهر ذلك عند شرح المقرض بعد قليل.

(٢) في (ق، د، ي): «التصرف» بدون باء، وفي (ي): «بالتصرف والتصرف...»، والراجح عند الشافعية: اشتراط القبول.
انظر: «الروضة» (٤/ ١٠٣)، و«الغاية القصوى» (١/ ٤٩٩).

أمَّا المُقْرَض

فكل ما يجوز السَّلَم فيه يجوز قرضه، إلَّا الجواري، ففيه[١] قولان منصوصان:

القياس: الجواز كما في العبيد[٢].

ووجه المنع: أن المستقرض يتسلط على الوطء ويتسلط المقرض على الاسترداد، فيبقى الوطء في صورة إباحة.

ولا خلاف في أنَّه لو كانت الجارية محرمًا للمستقرض جاز إقراضها؛ وقد نقل عن الصحابة النهي عن إقراض الجواري[٣]، فاستحسن[٤] الشافعي (رضي الله عنه) ذلك.

وقال الأصحاب: بناء القولين على أن المستقرض يملك بالقبض أو بالتصرف.

فإن قلنا بالقبض؛ فلا[٥]؛ لأنَّه يقع في يده من غير ملك، ففيه حظر الوطء، ولا حظر إذا ملكناه فليطأها.

---

(١) أي: في المذكور، وفي (ق): فقط «ففيها»، أي: في الجواري.

(٢) في (ق، د): «العبد».

(٣) لم يثبت النهي منهم عن إقراض الجواري. انظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ٣٥).

(٤) ليس المقصود هنا بقوله: «استحسن» الاستحسان الاصطلاحي عند الحنفية الذي هو: ترجيح قياس خفي على قياس جلي لعلة يرجِّحها المجتهد، أو استثناء مسألة عن القاعدة العامة؛ وذلك لأن الإمام الشافعي لا يقول بالاستحسان، وإنَّما المراد به هنا هو: الاستحسان بمعناه اللغوي، أي: ارتآه حسنًا.
انظر لتفصيل ذلك في: «أصول السرخسي» (٢/ ١٩٩ ـ ٢٠٤)، و«منهاج الوصول مع شرح الإسنوي والبدخشي» (٣/ ١٢٩ ـ ١٤١)، و«أدب القاضي» للماوردي (١/ ٦٤٩ ـ ٦٦٠)، و«الأم» (٧/ ٢٦٧ ـ ٢٧٧)، و«الغاية القصوى» (١/ ١٨٠).

(٥) في (د): «... يملك بالقبض فلا يجوز الإقراض».

فإن قيل: وما لا يجوز السَّلَم فيه، ولا يجوز بيع بعضه ببعض، هل يجوز إقراضه؟

قلنا: أطلق الأصحاب منعه، وذكر الشيخ أبو علي وجهًا في جوازه وهو ينبني[١] على أن المُقرِض هل[٢] يرد المثل في ذوات القيم أم القيمة؟

فإن قلنا: يرد القيمة جاز إقراض كل مال متقوم[٣].

❏❏❏

(١) في (ق، د): «مبنى»، والمؤدى واحد.
(٢) في (ق): «المستقرض»، ولم يرد «هل» في (أ، ي، ط، ق).
(٣) يراجع: «الروضة» (٤/ ٣٧).

أمَّا شرطه

فهو أن لا يجر منفعة؛ لنهي رسول الله ﷺ عن قرض جر منفعة[١]، فلو شرط زيادةً[٢] أو منفعة؛ فسد، حتَّى لا يفيد الملك وصحة التصرف فيه.

* وللشروط[٣] صور:

* **إحداها**: أن يشترط[٤] الكفيل، والرهن.

الشهادة[٥] في القرض تجوز؛ لأنَّه إحكام له لا زيادة عليه.

ولو شرط رهنًا في دَين آخر[٦] فهو منفعة، وكذا إذا شرط في المكسرة رد الصحيح أو أن يشتري منه شيئًا.

---

(١) روى الحارث بن أبي سلمة في مسنده من حديث علي بلفظ: «**أن النبي ﷺ نهى عن قرض جرَّ منفعة**». قال الحافظ: «وفي إسناده سوَّار بن مصعب، وهو متروك، ورواه البيهقي في «المعرفة» عن فضالة بن عبيد بلفظ: «كل قرض جرَّ منفعة فهو وجه من وجوه الربا»، ورواه في «السنن الكبرى» عن ابن مسعود وأبي بن كعب، وعبد الله بن سلام، وابن عباس موقوفًا عليهم».
انظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ٣٤).

(٢) في (ق): «زيادة قدر».

(٣) في (ي): «وللشرط».

(٤) في (ق، د): «شرط»، فيكون مبتدءًا، وكذلك «أن يشترط» بمعناه مصدر مُؤَوّل، وجملة «يجوز» خبر له.

(٥) في (ق): «الإشهاد».

(٦) في (د): «آخر في دين»، وفي «الروضة» (٤/ ٣٤): «فإن شرط رهنًا بدين آخر فهو كشرط زيادة الصفة».

* **الثانية**: أن يشترط في الصحيح رد المكسر[١]، فهذا غير مفسد؛ لأنَّه وعد بمسامحة[٢] ثُمَّ لا يلزم.

وكذلك إذا شرط الأجل لا يلزم ولا يفسد، إلَّا إذا كان زمان نهب وغارة؛ فهو مفسد؛ لأن فيه غَرضًا.

* **الثالثة**: أن يقول: أقرضتك هذا بشرط أن أقرضك غيره؛ صح، ولم يلزم الشرط؛ لأنَّه وعد.

وكذا إذا قال: وهبت بشرط أن أوهب.

بخلاف ما إذا قال: بعتك بشرط أن أهب لك شيئًا؛ فيفسد البيع؛ لأن العوض يكون مبذولًا في مقابلة المبيع والمتوقع هبته[٣]، فيتطرق إليه خلل وجهل.

هذا في الربويات.

أمَّا في غير الربويات، ففي شرط الزيادة وجهان:

أحدهما: التسوية؛ لعموم النهي[٤].

والثاني: الجواز؛ لأن الزيادة تلزم بالقصد والمقابلة وقد وجدت.

ولكن يمتنع ذلك في الربويات، وهذا فاسد؛ لأن[٥] طبيعة المعاوضة لم تشترط. فإن شرط؛ فهو بيع وليس بقرض، والقرض بمطلقه ليس له حكم البيع، ولذلك عند ترك الزيادة في الربويات لم يشترط التقابض.

---

(١) في (ق): «المكسرة»، وفي (أ): «المكسور».
(٢) في (ق): «وعد مسامحة».
(٣) في (د): «هبة».
(٤) أي: لعموم النهي الوارد عن كل قرض جرَّ منفعة. انظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٣).
(٥) وفي (ق، د، ي): «فإن».

فإن قيل: نقل أنَّه (عليه السَّلام) استسلف بعيرًا ببعيرين(١).

قلنا: ذلك في عقد السَّلَم.

❑❑❑

(١) روى أحمد، وأبو داود، والحاكم وصحَّحه على شرط مسلم بسندهم عن عبد الله بن عمرو: «أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشًا، فنفدت الإبل، فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة».
وقد ترجم البخاري لجواز ذلك: باب بيع العبد والحيوان بالحيوان نسيئة، ثُمَّ احتج بحديث أنس الذي فيه: أنَّه عوَّض دحية بسبعة أرؤس؛ كما استشهد البخاري بآثار الصحابة فقال: «واشترى ابن عمر راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه يوفيها صاحبها بالربذة...»، وهذا رأي الجمهور، وهو الراجح في نظري.
يراجع: «صحيح البخاري مع الفتح» (٤/ ٤١٩)، و«سنن أبي داود مع عون المعبود»، و«شرح ابن القيم» (٩/ ٢٠٦ ـ ٢١١)، و«المستدرك» (٢/ ٥٦)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٨)؛ ويراجع: «قاعدة المثلي والقيمي» (ص٥٨ ـ ٥٩).

أمّا حكمه

- **فهو التمليك**[١] **ولكن بالقبض**؛ لأنَّه لا يتقاعد عن الهبة مع أن للعوض فيه مدخلًا، ولأنَّه تملك التصرف بعد القبض فدل[٢] على تقدم الملك.

- **والثاني: أنَّه يملك بالتصرف**، فيتبين[٣] تقدم الملك عليه؛ لأنَّه تفويت بالإذن بشرط الضمان، وليس بتمليك وعقد، والتفويت يحصل بإزالة العين أو الملك.

التفريع:

إن قلنا: يملك بالقبض؛ فله أن يرده بعينه[٤]؛ إذ له أن يرد بدله فهو أولى، ولو رجع المقرض في عينه؛ جاز[٥]؛ لأنَّه أقرب من بدله، وله أخذ بدله.

وذكر الشيخ أبو علي وجهًا: أن النظر فيه إلى جانب المستقرض[٦] وإرادته، فإن لم يرد عينه فله ذلك[٧].

---

(١) في (ق): «التملك»، والمؤدى واحد.
(٢) في (أ): «فيدل».
(٣) في (ي): «ليتبين»، وانظر: «الروضة» (٤/ ٣٥).
(٤) في (د): «بدله»، وهو تصحيف.
(٥) في (د): «له».
(٦) في (ق، د، ي، ط): «المقترض»، والمعنى واحد.
(٧) خلاصته: أنَّه على القول الراجح القائل بأنَّه يملك بالقبض، تتفرع مسألة مدى =

وإن قلنا: يملك بالتصرف؛ فلا خلاف في[1] أنَّه يملك بكل تصرف مزيل[2] للملك؛ كالبيع، والإعتاق. وما يستباح بالإباحة؛ كالإعارة والاستخدام فلا يملك به[3].

وأمَّا الإجارة والرهن والبيع بشرط الخيار ففيه طرق:

قال الشيخ أبو محمد[4]: كل ما يقطع رجوع الواهب والبائع في عين متاع المفلس يملك به[5] هاهنا.

وقال آخرون: كل تصرف لا ينعقد بدون الملك، فيخرج الرهن عنه، فإنَّه يجوز في المستعار، بخلاف الإجارة.

وقال آخرون: كل تصرف لازم يتعلق بالرقبة[6]، فيدخل فيه الرهن ويخرج منه الإجارة والبيع الجائز.

= قدرة المقرض على إلزام المقترض برد عينه ما دام باقيًا، ففيها وجهان، **أصحهما** عند الأكثرين: أنَّه قادر على إلزامه بذلك، كما أنَّه لو ردَّه المستقرض بعينه لزم المقرض قبوله قطعًا.

انظر: «فتح العزيز» (٩/ ٣٩٠ ـ ٣٩٤)، و«الروضة» (٤/ ٣٥).

(١) في (ق) لم ترد «في».

(٢) في (د): «يزيل»، والمؤدى واحد.

(٣) اختار المصنف الوجه الأصح في المذهب من أن المراد بالتصرف الذي يملك به المستقرض هو كل تصرف يزيل الملك، كالبيع، والإعتاق، والهبة، والإتلاف، وأمّا التصرفات التي لا تزيل الملك؛ كالإعارة ونحوها فلا يملك به.

انظر: «الروضة» (٤/ ٣٥)، و«فتح العزيز» بهامش «المجموع» (٩/ ٣٩٨).

(٤) جاء في «فتح العزيز» (٩/ ٤٠١): «وعن الشيخ أبي محمد عبارة أخرى وهي: أن التصرف الذي يملك به القرض: هو الذي يقطع رجوع الواهب والبائع عند إفلاس المشتري».

(٥) لم يرد «به» في (ي، ق).

(٦) في (د): «في الرقبة».

وقال آخرون: لا يملك إلَّا بتصرف مزيل للملك أصلًا.

فإن قيل: فالمستقرض[١] ماذا يؤدي؟

قلنا: المثل في المثليَّات، وفي ذوات القيم وجهان، أشبههما بالحديث رد المثل، لما روي «**أنَّه (عليه السَّلام) استقرض بكرًا، وردَّ بازلًا**»، وقال (عليه السَّلام): «**خيركم أحسنكم قضاءً**»[٢]؛ ولأنَّه لو وجبت القيمة لافتقر إلى الإعلام.

والثاني: وهو القياس؛ وجوب القيمة[٣]، والله أعلم.

❑❑❑

---

(١) في (ق، د): «المقترض»، والمعنى واحد.

(٢) ذكر الغزالي لفظ الحديث هذا تبعًا لإمام الحرمين في النهاية، والذي في «الصحيحين» وغيرهما: أن رجلًا أتى النبي ﷺ يتقاضاه بعيرًا. قال رسول الله ﷺ: «**أعطوه**»، فقالوا: لا نجد إلَّا سنًّا أفضل من سنِّه. فقال ﷺ: «**أعطوه، فإنَّ خياركم أحسنكم قضاءً**»، وفي رواية لمسلم، والترمذي، وأبي داود، والنسائي: «أنَّه استسلف من رجل بكرًا فأمر أن يعطيه رَباعيًّا، وقال...».
والبكر: هو الصغير من الإبل. والرَّباعي ـ بفتح الراء ـ: ما له ست سنين، وأمَّا البازل: فهو ما له ثمان سنين ودخل في التاسعة. قال الحافظ ابن حجر: فتبين أنهم لم يوردوا الحديث بلفظه ولا بمعناه.
انظر الحديث في: «صحيح البخاري مع الفتح» (٥/ ٥٦ ـ ٥٩)، و«مسلم» (٣/ ١٢٢٤)، و«الترمذي مع التحفة» (٤/ ٥٤٤)، و«النسائي» (٧/ ٢٥٦)، و«سنن أبي داود مع العون» (٩/ ١٩٦)، و«الموطأ» (ص٤٢٢)، و«الرسالة» (١٦٠٦).
ويراجع: «التلخيص الحبير» (٣/ ٣٣ ـ ٣٤).

(٣) يراجع لمزيد من التفصيل: «قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي» ط دار الاعتصام.



[٢٠]
كتابُ الرَّهْن[١]

وفيه [أربعة][٢] أبواب.

* * *

(١) الرهن لغة: الاحتباس، والثبوت. وفي الاصطلاح: هو توثيق دَين بعين.
انظر: «المصباح المنير»، و«القاموس»، مادة (رهن)، و«الغاية القصوى» (١/٥٠١).

(٢) الزيادة من (ق، د).

البابُ الأوَّل

في أركان عقد الرهن، ومصحِّحاته

وأركانه أربعة: الراهن، والمرهون، والمرهون به، وصيغة العقد.

الركن الأول: المرهون

وفيه ثلاث[(١)] شرائط:

* الشرط الأول: أن يكون عينًا:

فلو رهن دَينًا[(٢)]؛ لم يصح؛ لأنَّه يلزم بالقبض، والقبض لا يصادف ما يتناوله العقد ولا مستحقًّا بالعقد، ولذلك لا يصح هبة الدَّين؛ فإنَّه لا يلزم إلَّا بالقبض بخلاف بيع الدَّين؛ فإنَّه يصح على رأي، وكذلك لو باع درهمًا بدرهم ثُمَّ عيَّن في المجلس؛ صحَّ؛ لأن البيع سبب استحقاق[(٣)] من قبل القبض، فيتعين بالقبض. بخلاف الهبة والرهن.

---

(١) في (ق، ي): «ثلاثة»، وما أثبتناه من بقية النسخ هو الأصح؛ لأن «شرائط» جمع «شريطة»، وفي (ط): «ثلاثة شروط»، وهو أيضًا صحيح.
انظر: «المصباح المنير» (١/ ٣٣١).

(٢) الدَّين: هو كل التزام في الذمة. وأمَّا العين: فهو الشيء الذي يُعيَّن ويحدَّد، وهو يقابل الدَّين.
انظر: «كشاف اصطلاحات الفنون» للتهانوي (٢/ ٤)، و«المنثور في القواعد» للزركشي (٢/ ١٥٨)، و«مشكلة الديون» بحث للدكتور علي القره داغي المنشور في حولية كلية الشريعة بقطر (ص٢٢٦ ـ ٢٢٩).

(٣) في (ق): «الاستحقاق».

* فرعٌ:

الإفراز ليس بشرط بل يصح رهن الشائع، خلافًا لأبي حنيفة[١]، ثُمَّ تجري المهايأة بين الراهن والمالك.

نعم، لو رهن نصيبه من بيت[٢] معين من جملة دار مشتركة؟ فيه وجهان.

ومنشأ[٣] المنع: أنَّه ربَّما يستقسم الشريك، فيقع الجميع في حصته، فلا يبقى للرهن مقر، فلو صَحَّحنا[٤] فوقع ذلك احتمل أن يقال: هو تلف؛ واحتمل أن يقال: الراهن ضامن، والتفويت منسوب إليه.

* الشرط الثاني: أن يكون المرهون قابلًا للبيع عند حلول الحق:

فلا يجوز رهن الموقوف وأم الولد وكل ما لا يجوز بيعه.

● **وبيان هذا الشرط برسم ثماني مسائل**[٥]:

* **المسألة الأولى**[٦]: رهن سواد العراق من عبادان إلى الموصل طولًا، ومن القادسية إلى حلوان عرضًا؛ باطل؛ فإنَّ اعتقاد الشافعي

---

(١) قال أبو حنيفة وأصحابه: «لا يجوز رهن المشاع مطلقًا»، قال البابرتي موضحًا ذلك: رهن المشاع القابل للقسمة فاسد يتعلق به الضمان إذا قبض. وقيل: باطل.
انظر: «الهداية مع شرح العناية»، وتكملة «فتح القدير» (٨/ ٢٠٣)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٤٨٩)، و«البحر الرائق» (٨/ ٢٧٥).

(٢) لم يرد في (د) «بيت».

(٣) في (و): «وجه...»، والمؤدى واحد.

(٤) أصح الوجهين عند الإمام أنَّه يصح رهنه كما يصح بيعه.
انظر: «فتح العزيز» (١٠/ ٤)، و«الروضة» (٤/ ٣٩).

(٥) في (ي) سقط «برسم»، وفي (ق): «ثماني شرائط».

(٦) في (أ): «الأولى» بدون «المسألة».

(رضي الله عنه): أن عمر (رضي الله عنه) أخذها من الغانمين وحبسها على المسلمين، والخراج عليهم أجرة عنها[١].

وقال ابن سريج: بل باعها من أهل العراق[٢]، فهو[٣] مالك.

وأمَّا أشجارها وأبنيتها: فيجوز رهنها وفاقًا، فإنَّها مستحدثة.

* **الثانية**[٤]: رهن المبيع في زمان الخيار جائز إن كان الخيار للمشتري وحده ولزم[٥] البيع، هكذا ذكره الشافعي (رضي الله عنه)[٦]، وفيه وجه أنَّه لا ينعقد، بل لا بدّ من تقديم الإلزام، ووجه آخر أنَّه يلزم البيع. ولا ينعقد الرهن، وقد ذكرناه في كتاب «البيع».

* **الثالثة**[٧]: قال الشافعي (رضي الله عنه): رهن الأم دون ولدها جائز؛ إذ لا تفرقة فيه[٨].

---

(١) في (أ، ي، ق): «فيها».

(٢) الواقع الذي استقر عليه في عهد عمر (رضي الله عنه) هو عدم تقسيم الأراضي التي فتحت عنوة، وإبقاؤها وحبسها في أيدي من يزرعها والاستفادة من ريعها وخراجها من قبل المسلمين إلى يوم القيامة، وأمَّا التكييف الفقهي فمختلف فيه، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى أن الفاتحين قد تنازلوا عنها، وجمهورهم على أن الأرض من الفيء، وأن الإمام مخير بين التقسيم والوقف.
يراجع لتفصيل ذلك: «الأم» (٤/ ١٩٢، ١٩٣)، و«الخراج» لأبي يوسف، ط دار الإصلاح (ص٧٣ ـ ١٠٧)، و«الأحكام السلطانية» للماوردي (ص١٢٦)، و«الملكية» للدكتور عبد السلام العبادي، ط الأقصى، عمان (١/ ٢٧٧).

(٣) في (د): «وهو». ويراجع: «فتح العزيز» (١٠/ ٧)، و«الروضة» (٤/ ٤٠).

(٤) في (د، ط): «المسألة الثانية».

(٥) في (د): «ويلزم».

(٦) انظر: «الأم» (٣/ ١٣٩).

(٧) في (د، ط): «المسألة الثالثة».

(٨) انظر: «الأم» (٣/ ١٣٩)، و«الروضة» (٤/ ٤٢).

واختلف الأصحاب[١]، منهم من قال ما معناه: أنها[٢] تباع عند الحاجة مع الولد، ومنهم من قال: لا، بل أراد به أنَّه لا تفرقة في نفس الرهن، وإلَّا فتباع دون الولد؛ فإنَّ الرهن لم يرد على الولد، ولكن يقع ذلك قهرًا لا اختياريًّا فلا يمتنع التفريق.

التفريع:

إن قلنا: تباع مفردًا؛ فلا كلام.

وإن قلنا: تباع مع الولد؛ فتعلَّق[٣] حق المرتهن بما يخص الأم من الثمن، وفي تقديره **وجهان:**

أحدهما: أنَّه تقوَّم الأم مفردة[٤] فإذا هي تساوي مائة، وتقدر مع الولد فإذا هي[٥] تساوي مائة وعشرين[٦]، فالولد سدس[٧] الجملة فيختص المالك بسدس[٨] جملة الثمن ولا يتعلق الرهن به.

والثاني: أن الولد أيضًا يقدَّر مفردًا، كما قُدِّرت[٩] الأم مفردة[١٠]، فيقال: الولد دون الأم كم يساوي؟ وفي هذا تقل قيمته؛ لأنَّه يكون ضائعًا، فإذا قالوا خمسين[١١] مثلًا، وقيمة الأم مائة، فالولد ثلث[١٢].

---

(١) في (ق): «الأصحاب في معناه»، وفي (د): «. . . فيه».
(٢) في (أ، ي، ط، ق): «أنه»، وكلاهما جائز.
(٣) في (أ): «فيتعلق».
(٤) في (أ، ي، د): «مفردًا».
(٥) في (أ): «هو»، وفي (ي): «فإذا هو مائة»، أي: الثمن.
(٦) في (ي): «فتقدر مع الولد فإذا هو مائة وخمسون»، وهي أيضًا صحيحة.
(٧) (٨) في (ي): «ثلث»، وهو مبني على المثال الذي ذكرته نسخة (ي).
(٩) في (ق، د): «تقدر».
(١٠) في (د): «مفردًا».
(١١) في (ي): «عشرون».
(١٢) في (د، ق): «ثلاثة»، وفي (ي): «سدس»، وهو صحيح حسب مثالها.

وهذا الخلاف جارٍ في أرض بيضاء رُهنت[١] ثُمَّ أنبتت غراسًا؛ لأن الغراس غير مرهون.

وذكر صاحب «التقريب»: أن الأم أيضًا تقوّم مع الولد، فيقال: أمٌّ لها ولد كم قيمتها؟ فتُنقص؛ إذ يكون قلبها إلى ولدها؛ لأنها رهنت مع وجود الولد. نعم، لو حدث الولد بعد الرهن كان نظير مسألة الغراس[٢].

* **الرابعة**[٣]: رهن ما يتسارع إليه الفساد بالدَّين الحال، أو بدين مؤجل يحل قبل توقع الفساد جائز، فيباع عند الإشراف على الفساد في الدَّين. وإن[٤] كان يفسد قبل الحلول[٥]، وشرط بيعه عند الإشراف وجعل ثمنه رهنًا؛ صح أيضًا.

وإن شرط أن لا يباع؛ بطل.

وإن أطلق؛ **ففيه قولان: أحدهما**: أنَّه يصح، ومطلقه مُشعر بالإذن في البيع، وتحوَّل الوثيقة إلى الثمن. **والثاني**: الفساد؛ لأنَّه ليس مفهومًا من مطلق الرهن.

فإن قيل: لو[٦] طرأ دوامًا ما يعرضه للفساد؟ **قلنا**: لم يفسد الرهن، ولكن يباع عند الإشراف ويجعل بدله رهنًا.

فإن قيل: فلو[٧] تطابق المتعاقدان على نقل الوثيقة من عين المرهون

(١) في (ق): «رهنت وكان فيها نوى ثم...». ويراجع: «الروضة» (٤/ ٤١).
(٢) في (ق، د): «نظيرًا لمسألة الغراس»، ويراجع: «الروضة» (٤/ ٤١ ـ ٤٢).
(٣) في (د): «المسألة الرابعة».
(٤) في (د): «فإن».
(٥) في (د): «حلوله».
(٦) في (د): «فلو».
(٧) في (ق): «لو».

إلى غيره؛ ينبغي[١] أن يجوز، كما لو شرط ذلك فيما يشرف على الهلاك في ابتداء العقد؟ **قلنا**: فيه وجهان. ووجه المنع أن ما يحتمل في الدوام إذا طرأ بالضرورة لا يحتمل ابتداءً، ولذلك لا يجوز رهن الدَّين وإن تعلق في الدوام بالقيمة في ذمة المتلف.

* **الخامسة**[٢]: رهن العبد المرتد صحيح، بناءً على الصحيح في جواز بيعه. ثُمَّ إن قُتل في يد المرتهن وكان الرهن مشروطًا في بيع، فثبوت الفسخ للمرتهن في البيع ينبني على أن من اشترى عبدًا مرتدًا وقتل في يده هل يكون من ضمان البائع[٣]؟

* **السادسة**[٤]: رهن العبد الجاني ينبني على صحة بيعه، فإن منعناه؛ فهو ممنوع، وإلَّا **فوجهان**.

ووجه المنع: أنَّه يمنع الوثيقة، ولذلك يمتنع[٥] رهن المرهون وإن قدر الراهن على بيعه إذا قضى الدين، وهاهنا يقدر على بيع بشرط الفداء بعده، وقد يتعوق فيفسخ بيعه؛ فلا تحصل معه الوثيقة، ولذلك يقدم أرش الجناية في دوام الرهن على الرهن.

فرعٌ:

لو حفر العبد بئرًا، فرهن، فتردى فيها إنسان، فتعلَّق [الضمان][٦] برقبته؛ ففي تبين فساد الرهن وجهان، مستندهما إسناد التعلق إلى أول

---

(١) في (د): «فينبغي».
(٢) في (د): «المسألة الخامسة».
(٣) يراجع: «الروضة» (٤/ ٥٢).
(٤) في (د): «المسألة السادسة».
(٥) في (د): «يمنع».
(٦) «الضمان» لم يرد في (أ)، والزيادة من النسخ الأخرى.

السبب، فيكون كالمقارن. ولو قتل قتلًا موجبًا للقصاص، وقلنا: موجب العمد القود المحض فرهن ثُمَّ عفا على مال[1]؟ ففي إسناد التعلق وجهان، وهاهنا الإسناد أولى؛ لأن القتل سبب تام دون حفر البئر.

* **السابعة**[2]: إذا علّق عتق العبد بصفة، ثُمَّ رهنه.

فإن قلنا: لو وجدت الصفة في حالة[3] الرهن؛ نفذ، إمَّا لقوة العتق، أو لأن العبرة بحالة العتق، خرج على رهن ما يتسارع إليه الفساد.

فإن[4] **قلنا**: لا ينفذ؛ فهو بالرهن مدافع حكم التعليق، والأصح[5] جوازه كما لو دفعه[6] بالبيع.

وفيه وجه[7] أنَّه يفسد لضعف الرهن بخلاف البيع.

أمَّا المدبَّر: فقد قال[8] الشافعي (رضي الله عنه): ولو[9] دبَّره ثُمَّ رهنه؛ كان الرهن مفسوخًا[10]. وهذا مشكل؛ لأن بيع المدبَّر جائز عند

---

(١) في (ق) زيادة: «أو عفا مطلقًا، وقلنا: إن العفو يقتضي المال». ويراجع: «الروضة» (٤/ ٥٠، ٥١).
(٢) في (د): «المسألة».
(٣) في (د): «حال».
(٤) في (ق): «وإن».
(٥) في (أ): «فالأصح».
(٦) في (ق): «دفع».
(٧) في (د): «وجه آخر»، وما أثبتناه هو الأدق؛ لأن في المسألتين قولين، ووجهًا. انظر: «الروضة» (٤/ ٤٧).
(٨) في (أ، د): «قال» بدون «فقد»، ولا الفاء، والصواب مع الفاء: «فقال»؛ لأنَّه جواب: أما.
(٩) في (أ): «لو» بدون واو.
(١٠) انظر: نص الشافعي في «الأم» (٣/ ١٤٠)، و«الروضة» (٤/ ٤٧).

الشافعي (رضي الله عنه)، وليس يندفع التدبير أيضًا بالرهن، فإنَّه إذا مات تقضى ديونه ويعتق المدبر، وإن لم يكن في ماله وفاء؛ فالمدبر لا يعتق. وإن لم يرهن؛ فذهب أكثر[1] الأصحاب لذلك إلى صحة الرهن. ووجه النَّص أن يقال: لعلَّه يموت وله مال، فلا يمكن تنجيزُ العتق قبل أداء دينِه، وتأخيره إلى الأداء دفعٌ للعتق، فالرهن[2] لا يقوىٰ عليه، ويتأيد بالوجه المذكور في إبطال رهن العبدِ المعلَّق عتقُه.

* **الثامنة**[3]: إذا رهن الثمارَ على الأشجار:

نظيرَ إن كان بعد بُدُوِّ الصلاح، والدينُ حالٌّ؟ جازَ ذلك، ثُمَّ يقطفُ في أوانه، ويباعُ بعضهُ ويجعل مؤنةً علىٰ القطاف، ويخففُ إن أمكن، وإلَّا التحقَ بما يتسارع إليه الفسادُ.

وإن كان قبل بُدُوِّ الصَّلاح، **فللفسادِ ثلاثةٌ**[4] **مثارات**:

ـ **أحدُها**: تسارُع الفسادِ. وقد سبق.

ـ **والثاني**: امتناعُ بيعِه إلَّا بشرطِ القطعِ، فإنْ أذِنَ في البيع بشرط القطع؛ جاز، وإن صرَّحَ بمنع البيع بشرط القطع فَسَدَ، وإن أطلق؛ فالظاهرُ أنَّه يصحُّ، ويشترط القطعُ في بيعه ويباعُ. وذكر صاحب «التقريب» قولين

---

(١) في (ق): «بعض»، قال النووي في «الروضة» (٤/ ٤٦): رهن المدبر باطل على المذهب، وهو نصه، ورجَّحه الجمهور، فعلى هذا التدبير باقٍ على صحته، وإن صحَّحنا رهنه بطل التدبير، بناءً على أنَّه وصية فقد رجع عنها، وقيل: لا يبطل، فيكون مدبرًا مرهونًا... ثُمَّ قال: قلت: هذا الذي ذكر حكم المذهب، ولا يغتر بقوله في «الوسيط»: «ذهب أكثر الأصحاب إلى صحة رهنه، وإن كان قويًّا في الدليل».

(٢) في (د): «والرهن».

(٣) في (د): «المسألة الثامنة».

(٤) في (أ): «ثلاث»، والصحيح ما أثبتناه من غيرها.

في موجب الإطلاق، ووجه أنَّه لم يرضَ بنقصان المالية. فعلىٰ هذا، يفسدُ الرهنُ[١]. وله التفات علىٰ إطلاق الرهنِ فيما يتسارعُ إليه الفساد[٢]؛ أنَّه هل يكونُ كالمصرَّحِ بتجويز بيعه[٣]؟

ـ **المثار الثالث** للفساد: توقع الآفةِ والجوائحِ، ويظهرُ ذلك إذا قُدِّرَ الدَّينُ مؤجلًا.

وفي المنعِ بهذا السبب قولان:

أحدهما: يمنع كما يمنع البيع.

والثاني: لا؛ لأنَّ المحذورَ ثَمَّ[٤] ضياعُ الثمن عند الاحتياج، وهاهنا لا يفوتُ أصل الحق.

فرعٌ:

إذا تلاحقت الثمارُ بعد الرهن، ففي انفساخِ الرهنِ قولان، كما في التلاحق في الثمارِ المبيعةِ قبل القبض، والأصحُّ أنَّه لو كان قبل القبض؛ ينفسخ. وفيه وجهٌ مستخرجٌ من الخلاف في العصر إذا صار خمرًا قبل القبض[٥]، وهو بعيد؛ لأنَّ ذلك يتوقعُ مصيرهُ خلًّا بخلافِ التلاحق، فإنَّه لا يزولُ. ولو رهن زرعًا يتزايدُ، وشرَطَ قطعَهُ في الحال؛ جازَ. وإن شرَطَ التبقيةَ؛ فحكمُهُ حكمُ الثمار التي تتلاحقُ غالبًا. والرهن باطلٌ فيهما، كما في البيع.

---

(١) في (ق): لم يرد «الرهن».
(٢) انظر: «الروضة» (٤/٤٨).
(٣) في (ق) زيادة: «فيصح إذنه».
(٤) في (د): «ثمة»، وكلاهما جائز.
(٥) في (د): «للقبض».

*** الشرط الثالث: أن لا يمتنعَ إثباتُ يدِ المرتهن عليه وقبضه له[١]:**

فإنَّ القبضَ ركنٌ في الرهن.

*** وفيه مسألتان:**

*** إحداهما**: رهنُ المصحف والعبد المسلم من الكافر، فهو مرتب على البيع، وأولىٰ بالصحةِ؛ لأنَّ إثباتَ اليد أهونُ من إثبات الملك[٢]، وكذا رهنُ السِّلاح من الحربي مرتب على بيعه منه، ورهنه من الذمي جائز وفاقًا كبيعه.

*** الثانية[٣]**: رهنُ الجواري صحيح على المذهب الظاهرِ. وذكر الشيخ أبو علي قولًا: أن رهن الجارية الحسناء باطل إلَّا أن تكون مَحْرَمًا للمرتهن.

والوجهُ: القطع بالصِّحة[٤]، ثُمَّ إنْ[٥] كانَ محْرَمًا، أو عُدلت[٦] على يد عدل، أو كان المرتهن يوثق بديانته[٧]، أو كان معه جماعة من أهله تزعّه[٨] الحشمة عنها؛ لم يُكْرَهُ التسليمُ، وإلَّا فيكره إثباتُ يده عليها.

---

(١) في (د) لم يرد «له».

(٢) في المذهب الشافعي قولان في جواز بيع المصحف للكافر، وبالجواز قال الإمام مالك، وأبو ثور، وابن المنذر، وللإمام أحمد فيه روايتان. انظر: «أسهل المدارك» (٢/ ٣٧٢)، و«الروضة» (٤/ ٣٩)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٣٨٠).

(٣) في (ق): «الثاني»، وهو تصحيف؛ لأن المقصود: المسألة الثانية.

(٤) يراجع: «الروضة» (٤/ ٤٠).

(٥) في (ق، ي): «لو».

(٦) في (ي، أ، د): «عدل»، هكذا العبارة، والمقصود أنَّه إذا كان المرتهن محرمًا، أو وضعت عند عدل ثقة (بالصفة المذكورة في المرتهن). انظر: «الروضة» (٤/ ٤٠).

(٧) في (ق): «يوثق بأمانته».

(٨) تزعّه: أي تمنعه عنه، وتحبسه. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٣٣٣).

وعلىٰ الجملة: فهو[١] قريب من رهنِ المصحف من الكافر.

* **فإن قيل**: وهل يشترطُ أن يكون المرهونُ ملك الراهن[٢]؟

قلنا: لا، فإنَّ الشافعيّ (رضي الله عنه) نَصَّ على أنَّه لو رَهَنَ المستعارَ بإذن المعيرِ صَحَّ الرهن[٣].

وغَمِضَ حقيقةُ هذا العقد علىٰ الأصحاب، واستخرجوا من تردد الشافعي (رضي الله عنه)[٤] في أن هذا عارية أم[٥] ضمان؟ فمن قال: إنه عارية؛ أشكل عليه لزومُه. ومن قال: ضمان؛ أشكل عليه تعلقُ الضمان برقبةِ المال، ثُمَّ بنوا الأحكام على القولين. وهذا البناء غيرُ مرتضًى عندنا، بل نعلِّل كل حكم بما يليق به من غير بناء.

وحقيقة هذا العقد لا يتمحض، بل هو فيما يدور بين المرتهن والراهن رهن المحض[٦]، وفيما بين المعير والمستعير عارية، وفيما بين المعير والمرتهن يزدحم عليه مشابهُ العارية والضمان[٧].

---

(١) في (أ، ق، ي، ط): «هو».

(٢) في (ق): «ملكًا للراهن»، والمؤدى واحد.

(٣) انظر: «الأم» (٣/ ١٤٢)، و«الروضة» (٤/ ٥٠).

(٤) في (ي): زيادة وهي «في بعض الأحكام قولين». ويراجع: «الروضة» (٤/ ٥٠).

(٥) في (ق): «أو».

(٦) في (د): «فيما بينه وبين المرتهن والراهن رهن محض» وفي (ي): «رهن محض»، أي بتنكير «محض» فقط.

(٧) قال النووي في «الروضة» (٤/ ٥٠): «وهل سبيله سبيل الضمان أم العارية؟ قولان، **أظهرهما**: الأول، ومعناه أنَّه ضمن الدَّين في رقبة عبده (المستعار). قال الإمام: هذا العقد أخذ شبهًا من ذا، وشبهًا من ذاك، وليس القولان في تمحضه عارية، أو ضمانًا، وإنَّما هما في أن المغلب أيهما. وقال ابن سريج: إذا جعلناه عارية لم يصح هذا التصرف؛ لأن الرهن ينبغي أن يلزم بالقبض، والعارية لا تلزم، فعلى هذا يشترط في المرهون كونه ملك الراهن، والصواب ما سبق، وعليه التفريع، والعارية قد تلزم، كالإعارة للدفن...».

• ويتبين ذلك بالنظر في ثلاثة أحكام:

• الأول: **اللزومُ في حقِّ المُعير**: ولا يلزمُ قبلَ قبض المرتهن بحال، وإذا قبض المرتهنُ؛ فالصحيحُ أنَّه يلزمُ في حقِّ المعير؛ لأنَّه أثبت بعاريته شيئًا من حقه أن لا يعير، ويلزم[١]. فهو كما لو أعارَ الأرض لدفن الأموات إذْ لزم؛ لأنَّ فيه هتكَ حرمة الميت، فكذلك[٢] في رجوعه إبطالُ وثيقةِ المُرتهن[٣] بعين ماله، وقد أذنَ في إثبَاته.

وقال القاضي[٤]: له الرجوع إذا فَرَّعنا على قولنا: إنّه عارية؛ وهذا[٥] ضعيف؛ فإنَّه لا يبقى للرهن معنًى. وقد حكى العراقيون عن ابن سريج: أنا إذا قلنا[٦]: إنه عارية؛ فلا يصح هذا العقد؛ إذْ لا يبقىٰ له فائدة، وهو فاسد؛ لأنَّه خلافُ نَصِّ الشافعي (رضي الله عنه).

وقال صاحبُ «التقريب»: إن كان الدينُ حالًّا رجَع، وإن كان مؤجلًا

---

(١) في (ق): «ولا يلزم».
(٢) في (ق، د): «وكذلك».
(٣) في (ق): «حق المرتهن».
(٤) إذا أطلق «القاضي» في «الوسيط» وكتب متأخري الخراسانيين، فيراد به: القاضي حسين، وهو: الحسين بن محمد المروزي، ويقال له أيضًا: المرُّوذي بالذال المعجمة وتشديد الراء الثانية وتخفيفها، وهو من أصحاب الوجوه في المذهب الشافعي كبير القدر، مرتفع الشأن، غوَّاص على المعاني الدقيقة والفروع المستفادة الأنيقة، وله كتب كثيرة منها: «التعليق الكبير»، و«فتاوى مفيدة»، وروى الحديث، وتفقه عليه جماعة من الأئمة منهم صاحبا «التتمة»، و«التهذيب»، وتوفي القاضي عام ٤٦٢هـ.
انظر التفصيل في ترجمته: «تهذيب الأسماء واللغات» للنووي (١/ ١٦٤)، و«الطبقات الكبرى» لابن السبكي (٤/ ٣٥٦)، و«وفيات الأعيان» (١/ ٤٠٠).
(٥) في (ق): «وهو».
(٦) في (ق): «أنَّه قال: إذا قلنا».

فوجهان يَقْرُبان مما[١] إذا أعارَ أرضًا للبناء إلى مدة، وفيه كلام.

فإن قيل: فهل[٢] يقدر على إجبارِ الراهنِ على فكِّ الرهن إن لم يقدرْ على فسخ الرهن؟

قلنا: إنْ كان الدَّينُ حالًّا؛ فلا خلافَ في أنَّه يملك إجباره.

وقبل حلول الأجل **قولان**:

أحدهما: أنَّه يملك؛ لأنَّه عارية في حقِّ المستعير.

والثاني: لا؛ لأن فيه أداءَ الدَّين قبل لزومه، وهو متعلق بالمرتهن.

فإن قيل: فهل[٣] يباع هذا في حق المرتهن[٤]؟

قلنا: إن كان للراهن مال فلا يباعُ بحال؛ لأنّ مطلقَ الرهن لا يُسلَّط عليه إلَّا إذا جُدِّدَ به إذن؛ وإن صارَ معسرًا؛ ففيه خلاف؛ إذ[٥] أطلق الأصحاب أنا إذا قلنا: إنَّه عارية؛ فلا يباعُ إلَّا بإذنٍ مجدَّد، وهذا أيضًا يضعف القول بصحة الرهن؛ فإنَّه أخَصُّ فوائده، فليجعل الإذن حاصلًا بالرهن ولازمًا بحكم الحال وهو الذي يقتضيه فقهُ[٦] المسألة، ولا يترك الفقه بقول القائل: إنَّ هذا لا نظيرَ له؛ فإنَّ سَبَبَهُ أنَّ[٧] مثلَ هذه الواقعةِ غيرُ متصوَّر[٨]، وينبني على ما تقدم خلاف لا محالةَ في أن عتقَه هل ينفذ؟

---

(١) في (ق): «ما إذا».
(٢) في (ق): «هل».
(٣) في (د): «وهل».
(٤) في (د): «المرتهن قط».
(٥) في (أ): «إذا».
(٦) في (د): «وجه».
(٧) في (د): «أن يقال: إن مثل...».
(٨) في (ق، ط): «غير متصورة»، وكلاهما جائز.

• **الحكم الثاني: أن العبدَ لو تلفَ في يد المرتهن فهو غيرُ ضامنٍ؛** تمحيصًا للرهن في حقه.

والمستعير هل يضمنُ؟

قَالوا: هَذا يبتنى على أنَّه عارية أو ضمان.

فإن قلنا: ضمان؛ لا يضمنُ. وهو ضعيف، بل هو مستعيرٌ محضٌ في حق المعير، فينبغي أن يَضْمَنَ. ولكنْ نَصَّ الشافعيُّ (رضي الله عنه) وقال: لو أذنَ له، فرهنَهُ، فجنى؛ فأشْبَهُ الأمريْنِ أنَّه لا يضمنُ، بخلاف المستعير(١). وفَرَّعَ على(٢) أن المستعير يضمن ما فاتَ بجناية العبد، بناءً على أحد الرأيين في أن المستعير يضمن ضمان المغصوب، وهاهنا لم يضمن. فعن هذا اضطر الأصحابُ إلى ذكرِ قولٍ في أنّه ليس بعارية، وإنَّما هو ضمان.

فرعٌ:

لو بيع عبدٌ في الدَّين بإذن مُجدَّد، أو بأصل الرهن، رجع المعيرُ على(٣) المستعيرِ بقيمته، أو بالثمن؟ فيه(٤) خلاف:

قال القاضي: إذا قلنا إنَّه(٥) عارية يرجع بالقيمة. وهو بعيد، فإنَّ ما زاد على القيمة مستفادٌ في مقابلة ملكه، فكيف يُسلَّم للمستعير؟

---

(١) يراجع: «الأم» (٣/ ١٩٣)، و«الروضة» (٤/ ٦٩).

(٢) في (ط): «فرَّع» بدون حرف العطف، وفي (د): «ففرع»، وفي (ق): «وفرع عليه على...».

(٣) في (ق): «إلى».

(٤) في (ق): «ففيه».

(٥) في (أ، ط) لم يرد «إنه».

• **الحكمُ الثالثُ: أنَّه هل يشترطُ في هذه الإعارة معرفةُ قدر الدَّين وجنسه وحلوله وتأجيله؟**

فيه خلاف: يحتملُ أن لا يشترط ذلك، ويجعل عارية في هذا الحكم. ويحتمل أن يشترطَ؛ لأن الأغراض تتفاوت به وينتهي إلى اللزوم[١]، وبنى الأصحاب ذلك[٢] على أنَّه عارية أو ضمان.

فرعٌ:

إذا عَيَّن المُعيرُ شيئًا من ذلك:

فإن قلنا: إنَّه لا يشترطُ، فلا تجوز مخالفته إذا عَيَّن إلَّا في النقصان، كما إذا أذن في الرهن[٣] بألف، فرهن[٤] بخمسمائة؛ فإنَّه زاد خيرًا، ولو قال: أعِرْني لأرهن بألف؛ فأعاره[٥]، هل يتقيد بما ذكره المستعير تنزيلًا للإسعاف علىٰ تفصيل الالتماس؟ فيه وجهان[٦].

---

(١) يراجع: «الروضة» (٤/ ٥٢).

(٢) في (ق): «من ذلك».

(٣) في (ق): «كما إذا رهن في الرهن»، وفي (د): «كما إذا أذن في الدين».

(٤) في (ق): «ورهن».

(٥) في (ق، د، ط): «فأعار».

(٦) خلاصة هذه المسألة: أن المستعير يجب عليه الالتزام بما أذن له المعير. يقول الإمام النووي في «الروضة» (٤/ ٥٢): «ولا خلاف أنَّه إذا عين شيئًا من ذلك لم تجز مخالفته، لكن لو عين قدرًا، فرهن بما دونه؛ جاز. ولو زاد عليه؛ فقيل: يبطل في الزائد. وفي المأذون قولا تفريق الصفقة. والمذهب: القطع بالبطلان في الجميع؛ للمخالفة». ثُمَّ قال في المسألة الثانية: ولو قال: أعرني لأرهنه بألف، أو عند فلان؛ كان ذلك كتقييد المعير على الأصح. قلت: «وإذا قلنا: عارية؛ فله أن يرهن عند الإطلاق بأي جنس شاء، وبالحال والمؤجل. قال في «التتمة»: لكن لا يرهنه بأكثر من قيمته؛ لأن فيه ضررًا، فإنَّه لا يمكنه فكُّه إلَّا بقضاء جميع الدين».

الركن الثاني:
المرهون به

وله ثلاثُ[١] شرائط:

وهو أن يكون: دَينًا، ثابتًا، لازمًا.

* الأول: أن يكون دينًا:

فلا يجوزُ الرهنُ بعينٍ مغصوبة ولا مستعارة، وإنْ جَوَّزْنا كفالة الأعيان على رأي، فالرهنُ[٢] وثيقةُ دين في عين، والضمان توثيقُ دين بضَمِّ ذِمَّة إلىٰ ذمة، فلا يفارق الرهنُ الضمانَ إلَّا في ضمان العهدة فإنَّه جائزٌ، والصحيح أن الرهن به[٣] غيرُ جائز، لأنَّه جُوِّز للمصلحة ترغيبًا في معاملة من لا يعرفُ حالُهُ ولا ضررَ علىٰ الضمان، وفي الرهن ضررٌ لا ينتظر له آخر، وفيه وجه أنَّه يجوزُ كالضمانِ؛ لأنه[٤] إذا رضي به[٥] فقد أضرَّ بنفسه.

* الشرط الثاني: أنْ يكون الدَّيْن ثابتًا[٦]:

فلو قال: رهنت منك هذا بألف تُقْرضنيه؛ فقال: ارتهَنت؛ ثُمَّ أقرضَ؛

---

(١) في (ي، د، ط): «ثلاثة»، والصواب ما أثبتناه من (أ، و، ق) وغيرهما؛ لأن شرائط جمع شريطة، وهي مؤنث.

(٢) في (د): «والرهن».

(٣) «به» لم يرد في (د).

(٤) في (د) لم يرد «لأنه».

(٥) في (ق): «إذا رهن فقد».

(٦) أجاز الحنفية الرهن بما لم يثبت بعد كثمن ما سيشتريه، والدين الموعود.
انظر: «شرح العناية مع تكملة فتح القدير» (٨/ ١٩٦، ٢٠٦، ٢١٥)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٤٥٧، ٤٩٤)، و«البحر الرائق» (٨/ ٢٧٨).

لم ينعقد الرهنُ، بل يجبُ إعادته. وكذلك إذا قال: بألف تبيع به هذا الثوب؛ مثلًا، فثبوت الدَّين حالة الرهن لا بدّ منه. وقيل: إنه لو جرى الإقراضُ والبيعُ في مجلس الرهن؛ صَحَّ. وهو فاسد.

فرعٌ:

لو مَزَجا شِقَّي البيع بشقَّي الرهن، كما إذا قال: بعتُ منك العبد بألف، وارتضيت هَذا الثوب به[1]؛ فقال: اشتريت ورهنت؛ قال الأصحاب: هذا صحيح. بخلاف ما إذا قال[2] لعبده: كاتبتك على ألف[3]، وبعت منك هذا الثوب بدينار؛ فقال: قبلت الكتابة واشتريت[4]؛ فإنَّ فيه وجهين[5]؛ لتقدم شق البيع علىٰ تمام الكتابة.

والفرق: أن الرهن من مصالح البيع، ولذلك[6] جاز شرطه فيه مع امتناع شرط عقد في عقد، فمزجه به آكد، فيحتمل للمصلحة[7].

وذكر القاضي وجهًا مخرَّجًا في الرهن من الكتابة والفرق أوضح.

هذا إذا وقع الختم بأحد شقي الرهن والبداية بأحد شقي البيع، فإن[8] وقع الختم بأحد شقي البيع؛ فلا يصح؛ لتقدم تمام الرهن على صحة البيع وثبوت الدين.

---

(١) في (د): «بعت منك هذا الثوب به، وارتهنت هذا العبد به».
(٢) «قال» ساقط من (ق).
(٣) في (ق): «الألف».
(٤) راجع: (ق)، ورقة (١٤٩)، الأسطر الثلاثة من تحت.
(٥) في (ق): «وجه من».
(٦) في (ق): «وكذلك».
(٧) في (ق): «المصلحة».
(٨) في (ق): «وإن».

* الشرط الثالث: لزوم الدَّين:

والديونُ منقسمةٌ:

فما لا مصير لها إلى اللزوم؛ فلا[١] رهنَ بِه؛ كنجوم الكتابة، فإنَّ للعبد أن يعجِّزَ نفسه[٢] مهما شاء.

وما وضعه[٣] على اللزوم، والجواز فيه طارئ[٤]؛ يجوز الرهن به[٥]؛ كالثمن في مدة الخيار. وهو تفريعٌ على قول[٦] زوال الملكِ، واستحقاقِ الثمن.

وما وضعَ على الجوازِ ولكن قد يصير إلى اللزوم كالرهن بالجُعْل في الجعالة قبل العمل؛ فيه **وجهان**[٧].

ولعلَّ سببَ المنْع: التخريج على الشرط الثاني، هو أنَّ سبب ثبوت الدَّيْن هو العملُ المأذونُ فيه دون مجرد الإذْن، فكأنَّ سببَ الثبوت لم يجز، بخلاف البيع في زمانِ الخيار، فإنَّه سببٌ تامٌّ على الجملة في الاستحقاق.

فإن قيل: وهل يشترطُ في الدَّيْن ألا يكون به رهن؟

قلنا: لا، بل يجوز أن يزداد في المرهون وإن اتحد الدَّين؛ لأن الدَّين غير مشغول بالرهنِ، فزيادةُ الوثيقة فيه معقولة.

---

(١) في (د، ط): «لا» بدون فاء، وكلاهما جائز.
(٢) في (أ): «بنفسه».
(٣) في (ق): «وما كان وضعه».
(٤) في (د، ط): «طاير».
(٥) في (ق) لم يرد «به».
(٦) في (ق): «على قول تمام البيع زوال الملك».
(٧) وأظهر الوجهين عند الشافعية عدم الجواز. انظر: «الروضة» (٤/ ٥٤).

وهل تجوزُ الزيادة في الدَّين[١] مع اتحاد المرهون؟ **قولان**:

أحدهما: وهو مذهب أبي حنيفة: المنع[٢]؛ لأن رهنَ المرهونِ باطلٌ وإليه يرجع حاصلُه.

والثاني، وهو اختيار المزني: الصحة؛ لأن الحق لا يعدوهما، ولا مقابلةَ بين المرهونِ والدَّين إلَّا جهة الوثيقة، وإنَّما لا يجوزُ رهنه من غير المرتهنِ لحقِّه، وإنْ رَضي؛ فمن ضرورته أن يجعل فسخًا؛ لأنَّ الجَمْعَ بين حقيهما غيرُ ممكن.

فرعٌ:

لو جنى العبدُ المرهونُ جنايةً، فقال المرتهنُ: أنا أفديه ليكون مرهونًا عندي[٣] بالفداء وأصْلِ الدَّين؛ فإن جَوَّزنا الزيادةَ في الدَّين؛ فلا كلامَ. وإن منعنا[٤]؛ فقولان مفهومان من معاني كلام الشافعي (رضي الله عنه) في أن المشرف على الزوال كالزائل أم لا[٥]؟

فإن قلنا: كالزائل؛ فهو جائز، وكأنَّه ابتداءُ رهنٍ بالدَّينين جميعًا.

---

(١) لم يرد «في الدين» في (د).

(٢) أجاز جماعة من الفقهاء الزيادة في الدَّين المرهون به مع اتحاد الرهن، منهم مالك، والشافعي في أحد قوليه، وأبو ثور، وابن المنذر.
وذهب جماعة أخرى منهم أبو حنيفة إلى المنع من ذلك.
انظر: «بدائع الصنائع» (٨/ ٣٧٣٥)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٤٩٥)، و«بداية المجتهد» (٢/ ٣٤٩)، و«الروضة» (٤/ ٥٤).

(٣) لم يرد «عندي» في (د).

(٤) في (ي، ق): «منعناها».

(٥) انظر: «الأم» (٣/ ١٥٦)، و«الروضة» (٤/ ٥٦).

الركن الثالث:
الصيغة، وشرطها، وموجبها

نريد بالصيغة: الإيجاب والقَبول. ولا بدّ منهما.

* **وفيه مسائل خمس:**

* **الأولى: كلُّ شرط يوافق وضع الرهن** ـ كقوله: بشرط أن يباعَ في حقك، أو يقبض ـ، **أو لا يتعلق[١] بالعقد** ـ كقوله: بشرط أن لا يَأْكل إلَّا الشعيرَ ولا يَلبس إلَّا الحرير[٢] ـ؛ فهو لغو لا[٣] يضر اقترانُهُ بالصيغة.

وكلُّ شرط يناقضُ مقتضاه ـ كقوله: بشرط أن لا أقبض ولا يَتقدم به على الغرماء ـ؛ فهو مفسدٌ[٤] للرهن.

وكل شرط لا يناقض، ولكن[٥] لا يقتضيه مطلقُ العقد، ويرتبط به غرضٌ ـ كقوله: بشرط أن تكون المنافع، أو النتائجُ، أو الثمارُ الحاصلةُ من المرهون لك ـ؛ ففي فساد الرهن[٦] **قولان**[٧]. ووجه التصحيح: أن الشرط ليس يتعرض لمقاصدِ المرهون بالتغيير، بل يزيدُ ما لا يقتضيه؛ فيلغى.

ولا خلافَ في أنَّه لو باع بشرط أن يرهن بالثمن ما يسلم للبائع منافعه[٨]؟ فالبيع فاسدٌ؛ لأنَّ الطمعَ يتعلق بالزوائد ويصير[٩] كالجزء من العوض،

---

(١) في (د): «أو يقبض، أو غرض لا يتعلق».
(٢) في (د): «الخز»، وكلاهما بمعنى واحد.
(٣) في (د): «ولا».
(٤) في (د): «يفسد».
(٥) في (د): «ولكنه».
(٦) في (ق): «العقد».
(٧) انظر التفصيل في: «الروضة» (٤/ ٥٨).
(٨) في (ق): «من منافعه».
(٩) في (د): «فيصير».

فيرجع(١) الفساد إلى ركنِ العقد. وأما(٢) الرهن؟ فليس بمعاوضة.

* **الثانية**: إذا قال: رهنتُ الأشجار بشرط أنْ تكون الثمار رهنًا إذا حدث(٣)؛ ففي صحة الشرط(٤) **قولان**. **ووجهُ الصحة**: أنَّ الرهن عندنا لا يسري؛ لضعفه. فإذا قوي الشرط؛ سرى(٥).

* **الثالثة**: إذا قال: أقرضتك هذا الألف بشرط أن ترهن به وبالألف القديم الذي لي عليك شيئًا؛ فالقرض فاسدٌ؛ لأنَّه جَرَّ منفعة. ولكن إذا أخذ ووفى بالشرط ورهن بالألفين؛ لم يصح بالألف الذي فسد قرضه؛ لأنَّه ما ملكه بعدُ، ولم يتلف إلَّا إذا أتلفه، فيكون ذلك دَيْنًا.

وإذا لم يصح به، فهل يصح بالألف القديم؟ فيه قولا تفريق الصفقة.

---

(١) في (ق): «ويرجع».

(٢) في (د): «أما».

(٣) في (ق): «أحْدث»، وفي (د): «حدثت».

(٤) في (د): «الرهن». ويراجع: «الروضة» (٤/٥٨).

(٥) زوائد المرهون غير مرهونة ما دامت منفصلة، سواء كانت من نماء، أو كسب، وهذا هو **رأي الشافعية**، وأبي ثور، وابن المنذر.

وأمَّا الحنفية: فيرون الفرق بين الزوائد المتولدة من المرهون؛ كالولد، والثمر، حيث تدخل فيه، وبين الزوائد غير المتولدة؛ كالكسب، والأجرة، والهبة حيث لا تدخل فيه.

وذهب الحنابلة: إلى أن جميع الزوائد المتصلة والمنفصلة تدخل في المرهون، وهذا رأي النخعي، والشعبي أيضًا.

وأمَّا المالكية: فيرون أن الجنين وقت الرهن يدخل في المرهون، وكذلك بعده، لكن الغلات والزوائد الأخرى؛ كالثمرة، واللبن لا تدخل فيه، أمَّا الصوف الموجود وقت العقد: فيدخل فيه، أمَّا الصوف الذي نشأ بعده: فلا يدخل.

انظر: «شرح العناية مع تكملة فتح القدير» (٩/ ٢٠٥)، و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» (٢/ ٢٤٤)، و«الروضة» (٤/ ١٠٢)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٤٣٠).

فإن صحَّحنا؛ فلا يُوزَّعُ، بل يُجعلُ الكلُّ مرهونًا به، بخلاف البيع؛ فإنَّ قطع الرهن على أن كل جزء مرهونٌ بجميع الدَّين. هذا إذا علمَ أنَّ الرهن غير واجب عليه؛ لفساد الشرط. فإنْ ظَنَّ وجوبَه لأجل الشرط قال القاضي: لا يصح[١]، كما لو أدّىٰ ألفًا على ظن أنَّه عليه، فلم يكن؛ فإنَّه يسترد؛ لأنَّ الرهن تَبرعٌ وهو يظن الآن وجوبه.

وقطع الشيخ أبو محمد وغيرهُ بالصحة؛ لأنَّ الأداء لا يتصور إلَّا بوجوب سابق، ولا وجوب[٢]، والرهنُ يتصورُ من غير وجوب.

ومساق كلامِ القاضي يلزمه أن يقول: لو شرط بيعًا في بيع، فباع[٣] وفىً[٤] بالشرط على ظن الوجوب؛ يفسد بيعه.

والشيخ[٥] أبو محمد: يصحِّح[٦] البيع، ولا ينظر إلى اعتقاده.

* **الرابعة**: إذا قال: رهنتك[٧] الخريطة بما فيها؛ وما فيها غير مرئي؛ خرج على رهن الغائب[٨]. فإن أبطَلَ؛ خرجَ في الخريطة على تفريق الصفقة. فإن[٩] كانت الخريطةُ لا يقصد رهنها في مثل هذا الدَّين؛ فوجهان. **أحدُهما**: الصحة؛ لظاهر اللفظ.

---

(١) في (ق) لم يرد «لا يصح».
(٢) في (ق): «ولا وجوب في الدَّين والرهن».
(٣) في (ق): «وباع».
(٤) في (ق، د، ي): «وفا».
(٥) في (ق): «قال الشيخ».
(٦) في (ق): «يصح بيعه».
(٧) في (د): «رهنتك هذه الخريطة»، والخريطة: هي شبه كيس يشرج من أَديم وخرق. «المصباح المنير» (١/ ١٧٩).
(٨) في (د): «على بيع الغائب»، وفي (ق): «رهنها».
(٩) في (ط): «وإن».

والثاني[١]: المنع؛ لفهم[٢] المقصود.

ولو قال: رهنت الخريطة ـ ولم يتعرض لما فيها، وكانت الخريطة لا تقصد ـ؛ فهل يُجعل عبارةً عما في الخريطة مجازًا بقرينة الحال[٣] على هذَين[٤] الوجهين؟

* **الخامسة**: هل يندرج الأسُّ[٥] والمغرس تحت اسم الشجرةِ والجدارِ في الرهن؟ فيه خلاف مرتب على البيع، وأولىٰ بأن لا يندرج؛ لضعفِ الرهن.

وفي الثمارِ غير المؤبرة **وجهان**، بخلاف البيع. **ووجه المنع**: ضعف الرهن ـ وكذا في الجنين خلاف ـ، وأولىٰ بأن يندرج من الثمار؛ لأنَّ الثمار قد تفرد بالاستثناء والتصرفات.

واللبن في الضرع، منهم من ألحقه بالجنين، ومنهم من قطع بأنَّه لا يندرج؛ لتحقق وجودِهِ، فهو كالثمار المؤبرة.

والأوراقُ من التوت، كالثمار المؤبرة[٦]. ومن غيره يندرج.

وفي الصوف على ظهرِ الحيوان؛ ثلاثة أوجه، من حيثُ إنه[٧] يضاهي الثمارَ المؤبرةَ من وجه، والأغصانَ من وجه، وفي الثالث: يفرق بين ما استجزَّ وبين القصير الذي لا يعتاد جَزُّه.

(١) في (د): «الثاني» من غير واو.
(٢) في (د): «المفهوم».
(٣) في (ق): «الحال، فيخرج على»، وفي (د): «الحال، يخرج على».
(٤) في (ق): «تقدير» بدل «هذين».
(٥) الأُسُّ: بضم الهمزة هي الأصل، فأُس الحائط أصله، وجمعه: أساس، مثل: قفل وأقفال. «المصباح» (١/١٨).
(٦) في (ق): «المؤبرة في وجه من».
(٧) في (ق): «أنها ما تضاهي».

وأغْصان الخِلاف[١] كالصوفِ المُسْتَجَز، وأغصان سائر الأشجار تندرج.

الركن الرابع: العاقد

ويعتبر فيه ما [يعتبر][٢] في البيع وزيادةُ أمْر، وهو[٣]: أن يكون من أهل التبرع بالمرهون؛ لأن الرهن تبرعٌ.

فلا[٤] يجوزُ لوليِّ الطفل وللمكاتَب والمأذون في التجارة على كلِّ حال، بل لا بدّ من تفصيل.

* **أمَّا وليُّ الطفل**: فالنظرُ في: رهنه، وارتهانه.

أمَّا ارتهانُه: فيجوز عند العجز عن استيفاء الدَّين، ولا يجوز مع القدرة.

ويجوز عند تأجُّل الدَّين.

ويتأجل دينهُ بالبيع بالنسيئة.

وله ذلك[٥] إذا ظهرت فيه الغبطةُ، ولكن بِشرْط الارتهان، حتَّى قال العراقيون: لو باع ما يساوي مائة بمائة نقدًا؛ ومائة وعشرين نسيئة؛ لم يجز إلَّا بشرط الارتهان بالعشرين. وهو سرَفٌ.

---

(١) الخلاف على وزن كتاب هو: شجر الصفصاف، الواحدة خلافة، ونصُّوا على تخفيف اللام، وتشديدها من لحن العوام.
انظر: «المصباح المنير» (١/ ١٩٣).

(٢) الزيادة من (ق).

(٣) في (ق): «وهي».

(٤) في (د): «ولا».

(٥) في (ق): «وله لذلك».

بل الوجهُ[١] جوازُهُ دون الرهن إذا كان يثق بذمة من عليه[٢]، فلا يَزيدُ ذلك على إبْضاعه[٣] مالَ اليتيم للتجارة، وهو جائز لأجل الزيادةِ، بخلاف الإقراض، فإنَّه يحرمُ فيه الزيادةُ؛ فلا[٤] يجوزُ إلَّا في زمان نهب وغارة.

أمَّا رهن ماله: فلا يجوز إلَّا بغبطة[٥] ظاهرة، كما إذا بيع منه ما يساوي ألفين بألف، وأُخذَ منه رهنٌ[٦] يساوي ألفًا؛ لأنَّ أقصى ما في الباب أن يتلف المرهون أمَانةً، فيكون قد حصل على ألفين في مقابلة ألفين، فإن زادت[٧] قيمةُ المرهون وجملةُ الثمن على المشتري؛ لم يجزْ[٨]؛ لأنَّه حجزٌ ناجزٌ في ألفين من غير حصولٍ على ألفين.

قال الشيخ أبو محمد: لو رهنَ عقارًا وكان في الشراء غبطةٌ؛ جاز؛ إذْ لا يخاف فوت العقارِ، والمنفعةُ له، وبيعُ عقار الطفل لا يجوزُ إلَّا لحاجة حتَّى ينفك الحجز عَنه[٩].

---

(١) في (د): «للوجه».
(٢) في (ق): «من عليه الدين»، وفي (د): «من عليه للدين».
(٣) الإبضاع لغة: هو جعل الشيء بضاعة، فيقال: أبضعه، أي: جعله بضاعة. انظر: «المصباح المنير»، و«المعجم الوسيط»، مادة (بضع).
(٤) في (د): «ولا».
(٥) في (ق): «لغبطة».
(٦) في (د): «رهنًا»، وهو على اعتبار «أخذ» مبنيًّا للفاعل.
(٧) في (أ، ي، ق): «زاد»، وهو أيضًا جائز.
(٨) في (ق): «فلا يجوز».
(٩) «حتى ينفك الحجر عنه» لم يرد في (ق، ي)، وفي (ط): «حتى يقال حجره»، أي: يزال.

ويجوزُ الرهن أيضًا لحاجةٍ حاقة[1]، كما إذا افتقر الصبيُّ إلى طعام وله عقار يتوقع من ريعه ما يفي بثمن الطعام[2]، فله أن يشتري ويرهن.

* **وحكم المكاتب** حكمُ وليِّ الطفلِ.

* **وحكمُ المأذون** مرتب علىٰ المكاتب، وأولىٰ بالمنع؛ لأنَّ الرهنَ قد لا يتناوله اسمُ التجارة، وذلك لا يقدر علىٰ إجارةِ نفسهِ.

❑❑❑

(١) أي: حاجة شديدة، يقال: حقت الحاجة إذا نزلت واشتدت، فهي حاقة. انظر: «المصباح المنير» (١/ ١٥٦).
(٢) «بثمن الطعام» لم يرد في (ق).

البابُ الثَّاني

في القَبْضِ وَالطوارئ قَبْلَهُ

وفيه قسمان(١):

القِسْمُ الأولِ: في القَبْضِ

وهو ركنٌ في الرهن لا يلزم إلَّا به، خلافًا لمالك، فإنَّه قال: يلزم بنفسه، وطرَّد ذلك في الهبة والإعارة وكل تبرع(٢).

---

(١) لم يرد في (أ، ي، ط) «وفيه قسمان»، وفي (ق): «وهو قسمان».

(٢) ذهب الإمام مالك ـ (رحمه الله) ـ إلى أن القبض شرط من شروط تمام القبض، وليس من شروط اللزوم، في حين ذهب الجمهور إلى أنَّه من شروط الصحة واللزوم، يقول العلّامة الدسوقي: «لا خلاف في المذهب أن القبض ليس من حقيقة الرهن، ولا شرطًا في صحته ولا لزومه، بل ينعقد ويصح ويلزم بمجرد القول، ثُمَّ يطلب المرتهن الإقباض، قال ابن الحاجب: «يصح الرهن قبل القبض ولا يتم إلَّا به»، وقد بيَّن ابن رشد الفائدة من هذا الخلاف، فقال: «وفائدة الفرق أن من قال: شرط صحة؛ قال: ما لم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن، ومن قال: شرط تمام؛ قال: يلزم بالعقد، ويجبر الراهن على الإقباض إلَّا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتَّى يفلس الراهن، أو يمرض، أو يموت، فذهب مالك: إلى أنَّه من شروط التمام، وذهب أبو حنيفة، والشافعي وأهل الظاهر إلى أنَّه من شروط الصحة، وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول، وعمدة الغير قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.
يراجع: «بداية المجتهد» (٢/ ٢٧٤)، و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» (٣/ ٢٣١).

*** ثم يشترط لصحة القبض ـ من التكليف والأهلية ـ ما يشترط للعقد.**

واليدُ مستحقة[(١)] للمرتهن. ولو أنَاب فيه نائبًا؛ جاز.

ولا يجوزُ أن يُنيب الراهنَ، ولا عبدَه القِنَّ[(٢)] ولا مستولدتَه؛ لأن يَدَهم يدُ الراهن[(٣)].

ويجوز أن يُنيب مكاتبه. وفي عبده المأذون في التجارة ثلاثة أوجه، يفرق في الثالث بين أن تركبه الديون فتنقطع سلطنةُ السيد عمَّا في يده ويضاهي المكَاتَب، وبين أن لا تركبه الديون.

* والنظرُ الآن في صورة القبض:

وهو: التخليةُ في العقار والنقلُ في المنقول.

وفي الاكتفاء في المنقول بالتخلية خلافٌ، كما في البيع[(٤)]، وقطع القاضي بالفرق؛ لأنَّ البيعَ يوجبُ استحقاقَ القبضِ فيكفي التمكينُ فيه، وهاهنا الاستحقاق بل القبضُ سببُ الاستحقاق، فلا وَقْعَ لمجرد[(٥)] التمكين.

أمَّا إذا رهن من المودَع[(٦)] الوديعةَ، فقد نَصَّ الشافعي (رضي الله عنه) أنَّه لا يلزم بمجرد قوله: «رهنت»؛ بل لا بدّ من إذن جديد في القبض.

---

(١) في (د): «مستحق».

(٢) القن: العبد الخالص الذي ليس مكاتبًا، ولا مدبَّرًا، ولا مستولدة، ولا معلقًا عنقه على صفة. انظر: «القاموس المحيط»، و«لسان العرب»، مادة (قن).

(٣) في (ق): «يدهما».

(٤) يراجع لتفصيل موضوع القبض، بحثنا بعنوان: «القبض وصوره المعاصرة»، المقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة.

(٥) في (ق): «بمجرد».

(٦) في (د): «رهن المودع من المودع».

ونَصَّ في الهبة على خلافه[١]؛ فقال الأصحاب: قولان: بالنقل، والتخريج.

ومن قَرَّر النَّصَّين[٢] فرَّق بالضعف والقوة[٣].

توجيه القولين: من قال: يُكتفىٰ به؛ جعل قوله: «رهنت» بقرينة الحال رضًى بالقبض[٤]. ومن لم يكتفِ به؟ نَظَرَ إلىٰ مجرد الصيغة، وهي لا تدل على القبض[٥]؛ ولذلك لا يجوز للمرتهن أخذ المرهون إذا لم يكن في يده إلَّا بإذن جديد.

ثم سواء قلنا: لا يفتقر إلى إذن جديد، **أو قلنا**: يفتقر، فأذِنَ؛ فلا بدّ[٦] من مضيٍّ مدة يتصور تحقيق صورة القبض فيها حتَّى يلزم.

وهل يشترط الرجوع إلى بيته ومشاهدة المرهون؟

فيه ثلاثة أوجه:

أحدُها: أنَّه لا بدّ منه ليتحقق التمكن[٧] فيكون كالقبض نفسه.

---

(١) أي: نصّ الشافعي في الوديعة على أنَّه لو رهن المودع ـ بكسر الدال ـ الوديعة عند المودع ـ بفتح الدال ـ يحتاج إلى إذن جديد في القبض بخلاف الهبة، أي: ما لو وهب المودع الوديعة إلى المودع، فنصَّ على أنه لا يحتاج إلى إذنٍ جديد، وبناءً على ذلك اختلف أصحابه، فقال بعضهم: في المسألتين قولان: **أظهرهما**: اشتراط الإذن فيهما. وقال الآخرون بتقرير النصَّين كل واحد في موضعه.
انظر: «الأم» (٣/ ١٢٤)، و«الروضة» (٤/ ٦٦)، و«الغاية القصوى» (١/ ٥٠٥).

(٢) في (د): «النص».

(٣) في (ق): «فرق بين الرهن والهبة بالضعف». انظر: «الروضة» (٤/ ٦٦).

(٤) في (ي، ق): «في القبض»، وفي (د): «بالرهن».

(٥) «على القبض» لم يرد في (د).

(٦) في (ط، د): «لا»، بدون فاء.

(٧) في (د): «التمكين».

وهو نَصُّ الشافعي (رضي الله عنه)؛ إذ قال: ولو[١] كان في المسجد والوديعة في بيته لم يكن قبضًا حتَّى يصير إلى منزله[٢].

والثاني: أنَّه لا يشترط؛ إذ لا فائدة في الرجوع[٣].

والثالث[٤]: أنه[٥] إن استيقن وجوده أو غلب على ظنه فلا فائدة في الرجوع[٦]، وإلَّا فيرجع ليتيقن وجوده[٧].

• **فإن قلنا**: يشترط الرجوعُ؛ ففي اشتراط نقله من مكان إلىٰ مكان وجهان، واشتراطُ النقلِ هو الغايةُ، فلا ذاهبَ إلى أنَّه يجب ردُّه على الراهن واسترداده[٨].

وروىٰ العراقيون عن حرملة: أنَّا[٩] إذا لم نشترط إذنًا جديدًا، فلا يشترط أيضًا مضيُّ الزمان[١٠]. وهو محتمل، لكنه[١١] بعيد من المذهب.

---

(١) في (ق، د): «فلو».
(٢) انظر: «الأم» (٣٠/ ١٢٤)، و«الروضة» (٤/ ٦٦).
(٣) في (د): «لا يشترط الرجوع إذ لا فائدة للرجوع».
(٤) في (د): «الثالث».
(٥) «أنه» لم يرد في (ق).
(٦) «في الرجوع» لم يرد في (ق، ي).
(٧) وقد صحح النووي وغيره اشتراط الإذن. انظر: «الروضة» (٤/ ٦٦).
(٨) في (د): «واسترداده بعد ذلك».
(٩) في (ط): «أنه»، وما أثبتناه من بقية النسخ على اعتبار النقل عنه.
(١٠) في (ق): «زمان»، من غير «ال»؛ وأكد الإمام النووي في «الروضة» (٤/ ٦٦) على أن هذا القول هو مذهب حرملة نفسه؛ وليس نقلًا عن الإمام الشافعي؛ وهكذا صرح به الشيخ أبو حامد وآخرون.
(١١) في (ق): «ولكنه».

* **ثم إن شرطنا شيئًا سوى مضيِّ الزمان، فهل تجوز الاستنابة فيه؟ فعلى وجهين.**

ووجهُ المنع[١]: أنَّه إنَّما يصير قابضًا بالضم إلى ما سبق منه من النقل، فلا يقبل التعدد.

* **والأصح**: أنَّ البيع من المودع تسليطٌ[٢] على التصرفِ، وناقلٌ للضمان دون إذن جديد، بخلافِ الرهن، فإنَّه محصل للملك وهو في يده.

وفيه وجه: أنَّه كالرَّهن[٣].

* **والأصح**: أنَّ الرهن من الغاصب كالرهن من المودَع.

وفيه وجه: أنَّه لا بدّ من إذن جديد قطعًا؛ إذ لم يبق هاهنا إذْن حتَّى ينصرفَ الآن إلى جهةِ الرهن.

فإن قيل: فهل يبرأ الغاصبُ عن[٤] ضمان الغصب بالرهن؟

قلنا: عندنا لا يبرأ، خلافًا لأبي حنيفة[٥]؛ لأنَّ يد الغاصب لم تنقطع[٦]، فلا ينقطع حكمه، بخلاف ما إذا أودع عند الغاصب، فإنَّ الظاهر أنه[٧] ينقطع؛ لأنَّه عاد إلى المالك حكمًا؛ إذْ يدهُ يدُ المودع ويد المرتهن لنفسه[٨].

---

(١) في (د): «وجه» بواو واحدة.
(٢) في (د): «تسلط».
(٣) في (د): «أنَّه لا بدّ من إذن جديد كالرهن».
(٤) في (د): «من».
(٥) انظر تفصيل المسألة في: «الهداية مع شرح العناية» (٨/ ٢٠٦)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٤٩٤).
(٦) في (ق): «لم تنقطع أبدًا فلا»، وفي (د): «لم ينقطع فلم ينقطع».
(٧) «أنه» لم يرد في (ق).
(٨) يراجع: «الروضة» (٤/ ٦٦، ٦٧)، و«الغاية القصوى» (١/ ٥٠٥).

ولو آجره(١) فوجهان؛ لأنَّه متَردِّدٌ(٢) بين أن يُجعلَ للآجر لما فيه من تقرير(٣) أجرته، أو(٤) للمستأجر الانتفاع(٥).

وفي الوكالة بالبيع(٦) وجهان مرتبان على الإجارة، وأولىٰ بأن لا يبرأ؛ لأنَّه كالمستأجر فيه إلَّا أنّ غرض المالك(٧) هاهنا في اليد أظهر.

ولو رهن من المستعير؛ ففي براءته عن ضمان العارية وجهان، يبتنيان على أنَّه هل يضمن ضمان المغصوب؟

ولو أبرأ الغاصبُ صريحًا عن الضمان مع بقاء اليد؛ ففي البراءة وجهان، من حيث إنه أبرأ(٨) عمَّا لم يتم سبب وجوبه، إذ تمام الوجوب بالتلف؟

ثُمَّ إذا قلنا: لا يبرأ الغاصب! فله أن يرد على الراهن ويسترد، ويجبر الراهن على الأخذ والرد بعد لزوم الرهن(٩).

---

(١) في (د، ي): «أجر»، وفي (ق): «آجر منه الغاصب فوجهان».
(٢) في (ط): «مردَّد».
(٣) في (ق، د): «تقدير».
(٤) في (د): «المستأجر».
(٥) في (ق) بعد «الانتفاع»: «والإجارة أولى بأن لا يسقط ضمان الغصب؛ لأن الائتمان ليس مقصودًا فيها».
(٦) في (ق): «في البيع».
(٧) في (د): «الملك».
(٨) في (ق، د): «إبراء».
(٩) يراجع: «الروضة» (٤/ ٦٨).

القسمُ الثاني من الباب:
الكلامُ في الطوارى قبل القبض

والنظر في: تصرُّفات الراهنِ، وأحوال العاقد، وأحوال المعقود عليه.

*** أمَّا التصرفاتُ:**

فكل ما يزيل الملكَ فهو رجوع عن الرهن؛ لأنَّه جائزٌ، وهو ضده. وما لا يُزيلُ الملكَ[١] كالتزويج ليس[٢] برجوع؛ إذ لا مضادة. والإجارةُ رجوع؛ إن قلنا: يمنع البيع، وإلَّا فالظاهرُ أنَّه ليس برجوعٍ كالتزويج. والتدبيرُ بحكم نَصِّ الشافعي[٣] (رضي الله عنه) رجوع؛ إذ جعله مانعًا من الرهن ـ كما سبق ـ، وعلىٰ تخريج الربيع[٤] ليس برجوع، وهو القياس.

*** أمَّا أحوالُ العاقدين:**

فموتُ الراهن، نَصَّ الشافعي (رضي الله عنه) أنَّه سبب للفسخ.

ونَصَّ في موت المرتهن[٥] على أنَّه يُسلَّم إلى الورثة.

فقيل: قولان، بالنقل والتخريج[٦]، ووجه التردّد مشابهته للجعالة

---

(١) في (ق): «يزيل ملكه».
(٢) في (د): «فليس».
(٣) انظر: «الأم» (٣/ ١٢٣)، ويراجع: «الروضة» (٤/ ٦٩).
(٤) هو الربيع المرادي: تلميذ الإمام الشافعي، وسبق ترجمته. ويراجع: «الأم» (٣/ ١٢٣)، و«الروضة» (٤/ ٦٩).
(٥) انظر: «الأم» (٣/ ١٥٦)، و«الروضة» (٤/ ٧٠).
(٦) قال النووي في «الروضة» (٤/ ٧٠): فإن مات أحدهما قبل القبض: ففيهما طرق؛ **أصحُّها**: فيها قولان؛ **أظهرهما**: لا يبطل فيهما؛ لأن مصيره إلى اللزوم كالبيع. والثاني: يبطل؛ لأنَّه جائز، فيبطل كالوكالة. =

والوكالة ـ وهي تنفسخ بالموت ـ، وللبيع[١] الجائز ـ فإنّ مصيره إلى اللزوم، وهو لا ينفسخُ ـ. ومن قَرَّر النَّصين فرَّق بأنَّ حقوق الغرماء والورثة تتعلق بالمرهون عند موت الراهن، وعمادُ الرَّهنِ من جانب المرتهن الدينُ، واستحقاقُه لا يتأثر بموته.

وفي جنونِ العاقدين خلافٌ مرتب علىٰ الموت.

وفي السَّفه خلافٌ مرتب على الجنون[٢].

وأولىٰ بأنْ لا ينفسخ، فإنَّ عدم العقلِ دون عدم الروح.

*** أمَّا أحوال المعقود عليه:**

ففي انفساخ الرهن بانقلاب العصير خمرًا وجهان، وفي جناية العبد وإباقه وجهان مرتبان، وأولىٰ بأن لا ينفسخ، وهو قريب من الخلاف في الجنون، وانقلابُ العصير خمرًا أولىٰ بالفسخ؛ لأنَّه ينافي الماليّة، ولذلك يزولُ الرهن بعد القبض به، ولكن إذا عاد عادت[٣] وثيقةُ الرهن بسبب اختصاص اليد كما عاد ملكُ المالكِ بسببِ الاختصاص بالعين.

ويمكن أن يقال: كان الرهنُ موقوفًا كما يقول في وقف النكاح علىٰ انقضاء العدة في ردَّة المنكوحة، ومصير العصير خمرًا في البيع قبل القبض في الرهن بعد القبض.

= **والطريق الثاني**: تقرير النصيبين؛ لأن المرهون بعد موت الراهن ملك لوارثه؛ وفي إبقاء الرهن ضرر عليهم؛ وفي موت المرتهن يبقى الدين؛ والوارث محتاج إلى الوثيقة حاجة ميته. **والثالث**: القطع بعدم البطلان فيهما.

(١) في (ق، ي، ط): «والبيع»، وفي (د): «بالبيع».

(٢) يراجع: «الروضة» (٤/ ٦٩ ـ ٧٠).

(٣) في (أ، ق): «عاد».

التفريع:

إذا قلنا: لا ينفسخ به[١] قبل القبض، بل إذا[٢] عاد خلًّا عاد الرهن كما بعد القبض، فلو أقبض وهو خمر؛ فالقبض فاسدٌ، فلو صارَ خلًّا فقال: أمْسكْه لنفسك؛ لم يكف، ولو قال: اقبضه[٣] لنفسك؛ فيكونُ هو القابضَ والمقبضَ، وفي مثله خلَاف في البيع. هكذا قال الأصحاب.

قال صاحب «التقريب»[٤]: ينبغي أن يكون كإذن المودَع بعد الرهن منه؛ إذ لا فرق بينهما.

فإن قيل: وهل يجوزُ السَّعيُ في التخليل؟

قلنا: التخليل حرام عند الشافعي (رضي الله عنه) لحديث أبي طلحة[٥]،

(١) في (د) زيادة في الهامش: «وهو الأصح».

(٢) في (د): «فإذا».

(٣) في (ق): «لقبضه».

(٤) في (ط، د) زيادة: «أبو القاسم بن القفال الشاشي»، وهذه الزيادة خطأ؛ فالصواب ما في بقية النسخ المعتمدة؛ وذلك لأن كتاب «التقريب» للإمام أبي الحسن القاسم ابن الإمام أبي بكر محمد بن علي الشاشي، وهو القفال الكبير، وقد أشار إلى ذلك الإمام النووي فقال: «وقد وقع في نسخ «الوسيط» في كتاب «الرهن»: قال صاحب «التقريب» أبو القاسم... «وهذا غلط، بل صوابه: القاسم»، وقال أيضًا: «وكان أبو الحسن هذا عظيم الشأن جليل القدر، صاحب إتقان وتحقيق وضبط وتدقيق، وكتابه «التقريب» كتاب عزيز عظيم الفوائد من «شروح مختصر المزني» ».
انظر: «تهذيب الأسماء واللغات» (ق١/ ١/ ٢٧٨، ٢٧٩).

(٥) روى مسلم، وأبو داود، وأحمد بسندهم عن أنس بن مالك أن أبا طلحة سأل رسول الله ﷺ عن أيتام ورثوا خمرًا، قال: «أهرقها». قال: أفلا أجعلها خلًّا؟ قال: «لا». قال الخطابي: «في هذا بيان واضح أن معالجة الخمر حتَّى تصير خلًّا غير جائز، ولو كان إلى ذلك سبيل لكان مال اليتيم أولى الأموال به لما يجب من حفظه وتثميره، والحيطة عليه، وقد كان نهى رسول الله ﷺ عن إضاعة المال. فعُلم بذلك أن معالجته لا تطهره ولا ترده إلى المالية». =

ثُمَّ الخمر إن لم يكن محترمًا[١] ـ وهو ما اعتصر لأجل الخمرية ـ: فإن خُلِّل بإلقاء ملح؛ فهو نجس؛ لعلتين: **إحداهما**: تحريم التخليل. **والأخرى**[٢]: ثبوت حكم النجاسة للملح، وذلك لا يزول إلَّا بالماء تعبدًا، بخلاف أجزاء الدِّن[٣]، فإنَّ فيه ضرورة. وإن[٤] خلل بالنقل من ظل إلى شمس؛ فوجهان بناءً على العلتين. وإن لم يجْرِ إلَّا مجردُ[٥] قصدِ الإمساك للتخلل[٦]؛ فالظاهر أنَّه طاهر، وفيه وجه.

= وقال الشوكاني: «فيه دليل للجمهور على أنَّه لا يجوز تخليل الخمر، ولا تطهر بالتخليل، هذا إذا خلَّلها بوضع شيء فيه، أمَّا إذا كان التخليل بالنقل من الشمس إلى الظل، أو نحو ذلك، فأصح وجه عن الشافعية أنها تحل وتطهر، وقال الأوزاعي، وأبو حنيفة: تطهر إذا خلِّلت بإلقاء شيء فيها، وعن مالك ثلاث روايات، **أصحها**: أن التخليل حرام، فلو خللها عصى، وطهرت».
ويراجع الحديث في: «صحيح مسلم» (٢/ ١٩٠)، و«سنن أبي داود مع عون المعبود» (١٠/ ١١٣، ١١٤)، و«مسند أحمد» (٣/ ١١٩، ١٨٠، ٢٦٠).
وأبو طلحة هو: زيد بن سهيل بن الأسود بن حرام الأنصاري الخزرجي، صحابي جليل شجاع، جعل صدره يوم أُحُد درعًا لصدر رسول الله ﷺ، وقال: نحري دون نحرك، توفي عام (٥٠هـ).
انظر ترجمته في: «أسد الغابة» (٦/ ١٨١)، و«الإصابة» (١/ ٦٠٨)، و«تهذيب الأسماء» (ق٢/ ٢٤٥).

(١) في (ق): «محرمًا»، والمؤدى واحد، ومن المتفق عليه بين معظم اللغويين أن «الخمر» تذكر وتؤنث.
(٢) في (ق، د): «والآخر»، وما أثبتناه من بقية النسخ أصح.
(٣) الدِّن: هو الإناء الطويل على هيئة الحُبّ، إلَّا أنَّه أطول منه، وأوسع رأسًا. «المصباح المنير» (١/ ٢١٥).
(٤) في (د): «فإن».
(٥) في (ق) لم يرد «مجرد».
(٦) في (ق): «للتخليل»، وفي (د): «ليتخلل».

وإن[١] اعتُصِرَ للخمريّة[٢] فصار خَلًّا من غير قصد؛ فهو طاهر، إذ لا قصد ولا فعل.

وإذا كانت الخمرة محترمةً[٣] اعتصرتْ للخلّ؛ فهو طاهر في جميع الصور، إلَّا إذا أُلقي فيه ملحٌ. فإن نقل من الظلِّ إلى الشمس؛ فالظاهرُ طَهارتهُ.

فإن قيل: فالعناقيدُ إذا استحالت بواطنها واشتدت ما حكمها؟

قلنا: بواطنها نجسة، وفي جواز بيعها وجهان يجريان في البيضة المذرة[٤]، ووجه التصحيح الاعتماد في الحال علىٰ طهارة الظاهر، وفائدتُهُ المنتظرة عند التخلل والتفرُّخ.

❑❑❑

---

(١) في (د): «فإن».

(٢) في (ط): «للخمر»، والمؤدى واحد.

(٣) الخمر المحترمة: هي ما عصرت لا بقصد الخمرية، وهكذا قال الرافعي، والنووي في كتاب الغصب، وقالا في كتاب الرهن: هي ما عصرت بقصد أن تكون خلًّا مثل أن يعتصر العنب بقصد أن يكون خلًّا، فأصبح خمرًا وهو في طريقه إلى التخلل، فهذه الخمر المحترمة تعتبر نجسة ما دامت خمرًا على المذهب الصحيح، وحُكي وجه أنها طاهرة، قال النووي: وهذا الوجه شاذ، وإذا تخلَّلت، فهي تطهر بالاتفاق.
انظر: «الروضة» (١/ ١٣، ١٤/ ٧٢)، و«فتح العزيز» (١/ ١٥٦)، و«نهاية المحتاج» (١/ ١٣٨)، و«الغاية القصوى» (١/ ٢٣١).

(٤) المذرة ـ بفتح الميم وكسر الذال ـ أي: الفاسدة والقذرة.
انظر: «المصباح المنير»، و«القاموس المحيط»، مادة (مذر).

البابُ الثَّالث

في حكم المرهون بعد القبض في حق المرتهن والراهن

وهذا ينبني على فهم حقيقة الرهن.

وحقيقتُه: إثباتُ الوثيقة[(١)] لدَين المرتهن في العين حتَّى تثبت عليه اليد، ويختص به؛ فيقدم على الغرماء عند الزحمة ويأمن فوات الدَّين بالإفلاس.

فيتضمن الرهن تجديد سلطنة للمرتهن لم تكن وقطع سلطنة للراهن كانت.

فالنظر يتعلق بـ: ما انْقطع[(٢)] من سلطنة الراهن، وما تجدد للمرتهن، وبيان محل الوثيقة، وغايتها التي عندها ينقطع.

فهي أربعة أطراف:

الطرف الأول: فيما حجر على المالك فيه

وهو كل ما يفوت وثيقة المرتهن أو بعضه[(٣)].

(١) في (د، ط، ق، ي): «وثيقة» بدون «الـ»، وكلاهما جائز.
(٢) في (ي): «يقطع»، وفي (ق): «ينقطع».
(٣) في (د): «بعضها».

* وتصرفُ الراهن من ثلاثة أوجه:

* الأول: التصرفُ القوليُّ:

فكلُّ[١] ما ينقل الملكَ إلى غيره ـ كالبيع، والهبة ـ، أو ينْقصُ الملكَ ـ كالتزويج، والإجارة؛ إذ[٢] يقلِّل الرغبة في الحال ـ، أو يزحمُ المرتهن ـ كالرَّهن من غيره ـ؛ فهو ممنوعٌ.

ولا منع من إجارةٍ تنقضي مدتها[٣] قبل حلول الدَّيْن. أمَّا ما يسقط الملك كالإعتاق؟ **فيه ثلاثة أقوال:**

أحدها: أنَّه لا ينفذ، فإنَّه يفوّت الوثيقة من العين كالبيع.

والثاني: ينفذ ويغرم، فإنَّه يسري إلى ملك[٤] الشريك، وحق المرتهن لا يزيد عليه.

والثالث: أنَّه إن كان موسرًا؛ نفذ وغُرم، وإلَّا فلا، فإنَّه إذا لم يكن تغريمه يبقى العتق في حق المرتهن تفويتًا[٥] محضًا.

أمَّا إذا رهن نصف العبد: فالصحيح أن إعتاقه في النصف المستبقى إذا نفذ سرى إلى المرهون مهما كان موسرًا؛ لأنَّه في معنى صورة السراية[٦] إلى ملك الغير؛ لوجوده محلًّا فارغًا في الابتداء، بل أولىٰ منه.

التفريع:

إن قلنا: نفذ[٧] ويغرم؟ ففي وقت نفوذ العتق طريقان: **أحدهما:** أنَّه

---

(١) في (د): «وهو كل».
(٢) في (د): «أو»، والصواب ما أثبتناه من بقية النسخ. انظر: «الروضة» (٤/ ٧٤).
(٣) في (د): «حلولها».
(٤) في (د): «نصيب».
(٥) في (ق): «تفوتا».
(٦) في (د): «المسراية».
(٧) في (ق، د): «ينفذ».

ينفذ في الحال؛ لأنَّه صادف ملكه. **والثاني**: أنَّه يخرج على أقوال في ملك الشريك، فعلىٰ قول: يتنجز، وعلى آخر(١): يتوقف على بذل البدل، وعلى الثالث: على(٢) بذل البدل يتبيَّن حصوله من وقت الإنشاء.

وإن قلنا: لا ينفذ العتق؟ ففي نفوذه عند فك الرهن **وجهان**:

أحدهما: بلى؛ إذْ صادف ملكه واندفع لمانع، والآن فقد(٣) ارتفع.

والثاني: لا؛ لأنَّه ليس بمعلَّق ولم ينجز(٤)، فلا يعود بعد اندفاعه.

ولا خلاف في(٥) أنَّه لو بيع في حق المرتهن وعاد إليه يومًا(٦)؛ لا ينفذ.

* أمَّا تعليق العتق في المرهون إن اتصل بالصِّفة قبل فكِّه الرهن؛ فحكمه حكم العتق. وإن وجدت الصفة بعده؛ فالأصح النفوذ. وفيه وجه: أنَّه لا ينعقد التعليقُ في حالة لا يملك التنجيز فيها(٧)، وهو ملتفت(٨) على تعليق الطلقة الثالثة في حق العبد.

* الوجه الثاني لتصرفه: الوطء(٩):

وهو ممنوع؛ لأنَّه يعرضُ الملكَ لنقصان الولادة، وفي الصغيرة والآيسة وجه.

والأصح: حسم الباب. فإن أقدمَ؛ فلا حَدَّ ولا مهرَ، والولد حرٌّ نسيبٌ.

---

(١) في (د): «الآخر».
(٢) في (ق، د): «عند».
(٣) في (د): «قد».
(٤) في (ق): «ولم يتنجز».
(٥) «في» لم ترد في (د).
(٦) في (د): «يومًا من الدهر لا ينفذ».
(٧) لم يرد «فيها» في (ق).
(٨) في (ق): «يلتفت».
(٩) في (ق): «تصرفه بالوطء».

وفي الاستيلاد خلافٌ مرتب على العتق، وأولى بالحصول؛ لأنّه من جملة الأفعال، فإن حكمنا به وجب عليه[١] قيمتها[٢] يوم الإحبال فيجعلها رهنًا بدلها.

وإن قلنا: لا يحصل؛ فإن بيعت وفي بطنها الولدُ الحرُّ؛ صحَّ، وفيه وجه: أنَّه يبطل، ويجعل ذلك كاستثناء الحمل. وإن انفك[٣] الرهن فالأصح هاهنا عودُ الاستيلاد. وإن ماتت من طَلْقِ هذا الاستيلاد؛ فعليه القيمة؛ لأنَّه المتلف[٤] بوطئه. وكذلك[٥] إذا وطئ أمة الغير بالشبهة، فماتت في الطلق. وفيه وجه ذكره الفوراني أنَّه لا يجب؛ إذْ لا يبعد إحالةُ الهلاك على الوطء مع تخلل أسباب جِبِلِّيَّة. ولو ماتت زوجتُه من الطَّلْق؛ فلا ضمان قطعًا؛ لأنَّه تولَّد من مستحق.

وفي الحرة الموطوءة بالشبهة **وجهان**. ووجه[٦] الفرق: أنَّ الحوالة عليها ممكن[٧]؛ فإنَّها صاحبةُ الحق، واليد لها في نفسها بخلاف الأمة، وكذلك في الزنا. فإنْ كان مع استكراه؛ فلا يمكن الحوالةُ عليه[٨]؛ لأنَّا لا نعرف كون الولد منه، والشرع منع النسب. فإن أقر بأنَّه من إحباله؛ ففي كلام الأصحاب ما يدل على أنَّه لا يجب أيضًا، فإنَّ النسب ضعيفٌ؛ وكأنه[٩] في الأمة جُعل مثل إثباتِ اليد عليها باستعماله رحمها في تربية

(١) في (د): «عليها».
(٢) كتب في (د) بالهامش: «ثمنها».
(٣) في (د): «فك».
(٤) في (ق): «التلف».
(٥) في (د): «وكذا».
(٦) في (ق، ط، د): «وجه»، بواو واحدة.
(٧) في (ق): «ممكنة».
(٨) في (أ): «عليها».
(٩) في (د): «فكأنه».

الولد، فكان كالهلاك[١] تحت اليد.

التفريع:

إذا أوجبنا القيمة، **ففيه ثلاثة أوجه:**

أحدُها: أنَّه باعتبار أقصى القيم من يوم الإحبال إلى يوم الموت، وكأن الإحبال غصب واستيلاء.

والثاني: باعتبار يوم الموت.

والثالث: باعتبار يوم الإحبال[٢].

* الوجه الثالث: الانتفاعُ:

وهو جائزٌ عندنا للراهن في الدار[٣] المرهونة بالسكون، وفي العبد[٤] المحترف بالاستكساب، وفي العجل[٥] بإنزائه على الإناث إن لم ينقص قيمته، وكذا[٦] الإنزاء على الأنثى إن لم ينقص الإحبال من قيمتها.

أمَّا الغراس في الأرض فممنوع[٧]؛ لأنَّه يقلل الرغبة في الأرض إذا بيعت دون الغراس، وذكر الربيع في الدَّين المؤجل وجهًا: أنَّه لا يمنع[٨] الغراس، فربما تفي الأرض بجميع الدَّين، أو توفى الزيادة من موضع آخر، فإنْ لم يمكن؛ قُلِعَ عند البيع، أمَّا في الحال؛ فلا منع، وهو منقاس.

---

(١) في (ق): «كهلاك».
(٢) يراجع: «الروضة» (٤/ ٧٥).
(٣) في (د): «بالدار».
(٤) في (د): «وبالعبد».
(٥) في (ق): «الفحل».
(٦) في (د): «وكذلك».
(٧) في (ق): «ممنوع». ويراجع: «الروضة» (٤/ ٧٩، ٨٠).
(٨) في (ق، د): «لا يمنع من الغراس».

التفريع:

إن قلنا: يمنع؛ فلو غَرَس؛ قَلع[١]. ولو حَمَلَ السيلُ النَّوى فأنبت[٢]؛ لا يقلع[٣] في الحال، ولكن عند البيع يقلع إن لم يتعلق حق الغرماء به بالحَجْر[٤] عليه بالفلس، فإن تعلق؛ لم يقلع، وكذلك على مذهب الربيع؛ إذْ جَوّزَ الغرس، بل يباع الكل ويوزع الثمن، وفي كيفية التوزيع كلام سبق[٥] في التفريق بين الولد والأم في الرهن.

فرعٌ:

ليس للراهن المُسافَرَةُ بالعبد المرهون أصلًا؛ لأنَّه حيلولة عظيمةٌ.

واليدُ مستحقةٌ لمرتهن، فلا تُزال إلّا لضرورة[٦]، والضرورة في الانتفاع لا في السفر. وكذلك[٧] لا يسافر زوجُ الأمة بها، ويسافر بها سيدُها تقديمًا لحقه وترغيبًا له في تزويجها. ويسافر الزوج بزوجته الحرة؛ لأنّ مقصود النكاح أغلب، وهي صاحبة الحق والحظ في النكاح.

وكذلك لو أمكنَ استكسابُ العبد في يد المرتهن لم ينتزعْ من يده[٨]،

---

(١) في (ق): «يقلع». ويراجع: «الروضة» (٤/ ٧٩ ـ ٨٠).
(٢) في (ق): «وأنبت».
(٣) في (ق): «لم يقلع».
(٤) في (د): «بحجر».
(٥) في (ق): «كلام كما سبق».
(٦) في (أ، ي): «بضرورة»، بالباء.
(٧) في (د): «ولذلك».
(٨) قال في «الروضة» (٤/ ٨١): «كلام الغزالي يدل على أنَّه لا ينتزع العبد من يد المرتهن إذا أمكن استكسابه، وإن طلب الراهن خدمته... مقتضى كلامهم أن له ذلك».

فإنْ لم يحسن إلَّا الخدمة؛ انتزعَ نهارًا ورُدَّ ليلًا، وللمرتهن أنْ يكلفه[١] الإشهاد عند الانتزاع في كل يوم.

وهل له أنْ يكلفَ الراهنَ ذلك وهو مشهور العدالة؟ فيه وجهان[٢].

فإن قيل: ما منعتموه من التصرفات لو أذن فيه المرتهن؟

قلنا: لا يُمنع منه بإذنه، فالحقُّ لا يعدوهما، ثُمَّ ما من ضرورته فسخُ الرهنِ ـ كالإعتاق، والهبة ـ، يَرْفَعُ الرهن ولا قيمة عليه إذا أعتق بإذنه، وله أنْ يرجع عن الإذن قبل وقوع التصرف. وإذا[٣] أذن في الهبة، فله الرجوع قبل القبض؛ إذْ به يتمُّ المأْذونُ، وفي الرجوع عن الإذن في البيع في مدة الخيار وجهان[٤].

فإن قيل: هل يتعلق حَقُّه بالثمن إذا أَذِنَ في البيع؟

قلنا: إن كان بعد حلول الدَّين، وأذِنَ لأجل قضاء حَقِّه فلا شك، وإن[٥] كان قبله: فإن أَطْلَقَ؛ لم يكن الثمن عندنا رهنًا، خلافًا لأبي حنيفة[٦].

---

(١) في (ق): «أن يكلف».

(٢) والوجه الراجح هو: أنَّه ما دام الراهن موثوقًا به عند الناس مشهور العدالة لم يكلف الإشهاد في كل أخذة على الأصح. انظر: «الروضة» (٤/ ٨١).

(٣) في (ط): «فإذا».

(٤) الأصح أنَّه ليس له حق الرجوع، ولا يصح رجوعه؛ لأن البيع مبني على اللزوم. «الروضة» (٤/ ٨٢).

(٥) في (ي): «فإن».

(٦) ذهب الحنفية إلى أن حق حبس المرهون ثابت للمرتهن على الدوام، وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع، وليس له أن يبيعه من غير المرتهن بغير إذنه، لما فيه من إبطال حقه من غير رضاه، وإذا أذن له في البيع، أو باعه الراهن ثُمَّ رضي المرتهن بذلك؛ جاز ذلك، وكان الثمن رهنًا سواء شرط المرتهن عند الإجازة كونه رهنًا أو لا في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف: أنَّه لا يكون رهنًا إلَّا بالشرط.
انظر: «بدائع الصنائع» (٨/ ٣٧٤٠).

وإن قال: بشرط أن تجعل الثمن رهنًا؛ ففي ذلك قولان، مأخذه جواز نقل الوثيقة إلى عين أخرى[١].

وإن قال: بشرط أن تُعجل حقي من الثمن ـ والدينُ مؤجل[٢] ـ؛ فالشرط فاسد، وكذا الإذن؛ لأنَّه رضي بعوض[٣] وهو التعجيل، ولم يُسلم العوض، بخلاف ما إذا قال للوكيل: بع ولك من الثمن عُشْرُهْ أُجَرةً؛ فإنَّه لم يفسد الإذن وفسد الشرط؛ لأنَّه لم يقابل العوض بالإذن بل قابله بالعمل، فعند الفساد يرجع إلى أجرة المثل.

فإن قيل: فمن مات وعليه دين، فتعلَّقت الديونُ بتركته، فما قولكم في تصرف[٤] الورثة فيها بالبيع؟

قلنا: فيه طريقان:

ـ منهم من خرَّج على قولي العبد الجاني؛ لأنَّه ثبت شرعًا لا اختيارًا، بخلاف الرهن.

ـ ومنهم من قطع بالمنع نظرًا للميت ومبادرة إلى تبرئة ذمته.

ثم اختلفوا في أنَّ قول المنع هل يطّرد في الدَّين إذا لم يستغرق؟ ومن لم يطرد علل بأن أكثر التركات لا تخلو عن[٥] دين ما[٦] فيبعد الحجر بسبب درهم في مال كثير.

---

(١) أظهر القولين عند النووي بطلان الإذن والبيع. انظر: «الروضة» (٤/ ٨٣).
(٢) «والدين مؤجل» لم يرد في (د).
(٣) في (ط، د): «لأنَّه ما رضي بالبيع إلَّا بعوض».
(٤) في (د): «فما قولهم تصرف».
(٥) في (د): «من».
(٦) «ما» لم ترد في (ق).

فإن قيل: فلو ظهر دينٌ بردّ عوضٍ بالعيب وتوجَّهت[(١)] المطالبة بالثمن بعد أن باع الورثةُ التركة؟

قلنا: إن فرَّعنا على المنع من البيع؛ ففي تتبعه بالنقص وجهان من حيث إن الدَّين متراخٍ وسببهُ متقدم، ولذلك[(٢)] لو كان[(٣)] حفر بئرًا، فتردى فيه بعد موته[(٤)] إنسان، وهاهنا أولى بأن لا يُسَد[(٥)]؛ إذ الحفر ليس سببًا للهلاك بمجرده. **فإن قلنا**: لا يتتبع بالنقص، فإن وفوا بالدَّين فذاك، وإلَّا فالأصح أنَّه الآن يفسخ؛ إذ لا دين عليهم حتَّى يطالبوا به[(٦)].

وفيه وجه: أنَّ ما مضى وتعلق[(٧)] به حق المشتري لا يفسخ، وكأنهم قد فوّتوا التركة فعليهم الضمان[(٨)].

الطرف الثاني:
في بيان جانب المرتهن

وقد تحدّد له: استحقاق اليد في الحال، واستحقاق البيع في ثاني الحال، ولأجل استحقاق اليد وجب على الراهن التعهدُ والمؤنةُ لبقائه في يده، ولا يجب على المرتهن الضمانُ بحكم هذه اليد، ولا يملك الانتفاع والاستمتاع.

---

(١) في (أ، ط، ق، ي): «وتوجه»، وكلاهما جائز لغويًّا.
(٢) في (د): «وكذلك».
(٣) «كان» لم ترد في (د).
(٤) في (ط): «فيه»، وفي (أ): «موتها».
(٥) في (ط، د): «يستند».
(٦) «به» لم يرد في (د).
(٧) ورد في (د): «أن ما تعلّق».
(٨) يراجع: «الروضة» (٤/ ٨٥).

فهذه خمسة أمور في جانبه لا بدّ من معرفتها:

* **الأول[١]: استحقاق اليد في الحال:**

وهو ثابت بمطلقِ الرهن عند اللزوم بالقبض، ولذلك يرد ليلًا إليه عند الانتفاع نهارًا، ولا تُزال يدهُ إلَّا خوفًا من فواتِ منفعةٍ، فتُقدَّم المنفعةُ المقصودةُ على اليد التابعةِ للحق؛ فإنَّها لا تطلب إلَّا لحفظِ محل الحقّ. ولو شرط التعديل على يد ثالثٍ؛ جازَ، ويكون العدل نائبًا عن المرتهن؛ لأنَّه مستحق اليد، ولذلك لا يجوز شرطُ التعديلِ على يد المالك؛ لأن يَدَه لا تصلح للنيابة عن غيرهِ وهو مستقل بالملك. وللراهن أيضًا حظ في يد العدل؛ لأنَّه[٢] ربَّما لا يثق بيد المرتهن. ولهذا[٣] لا يجوز للعدل أن يسلم إلى أحدهما دون إذن صاحبه، ولا أن يسلم إلى ثالث دون إذنهما، فإنْ فَعَلَ ضَمِنَ. ثُمَّ إن سَلَّم إلى المرتهن؛ ضَمِن للراهن، والقرار على المرتهن مهما تلف في يده. وإن سَلَّم إلى الراهن؛ ضمن للمرتهن القيمة لتكون عنده رهنًا. فإذا قَضى الدينَ ردت إليه القيمةُ، وله أن يكلف الراهن القضاء لفك ملكه، كما في المحير لأجل الرهن.

فرعٌ:

لو تغيَّر حالُ العدل بفسقه أو جنايته على العبد قصدًا أو بزيادة فسق على ما عهد من قبل؛ فلكل واحدٍ طلب إزالة[٤] يده إلى عدل آخر.

* **الأمر الثاني: استحقاق البيع:**

وهو ثابت عند حلول الدَّين إن لم يوف الراهن الدَّين[٥] من موضع آخر،

---

(١) في (د): «الأولى».

(٢) في (د): «فإنه».

(٣) في (د): «فلهذا»، ويراجع في هذه المسألة: «الروضة» (٤/ ٨٥ ـ ٨٦).

(٤) في (ق): «لزاله».

(٥) «الدَّين» لم يرد في (د).

ولكن لا تستقل يد المرتهن، ولا العدل الذي في يده دون إذن الراهن أو إذن القاضي، ولو باع العدل بإذن أحدهما لم يصح[١]؛ إذ[٢] لا بدّ من إذنهما.

* **وفيه فروع أربعة:**

● **أحدها**[٣]: لو رجع أحدهما من[٤] الإذن؛ امتنع العدل عن البيع، ورجوع الراهن عزل، فإنَّه الموكل، وإذنُ المرتهن شرط وليس بتوكيل، ولذلك لو عاد المرتهن وأذن بعد رجوعه؛ جاز، ولم يجب تجديدُ التوكيل من الراهن.

ومساق هذا الكلام من الأصحاب يشعر[٥] بأنَّه لو عُزِلَ الراهن، ثُمَّ عاد ووكَّل؟ افتقر المرتهن إلى تجديد الإذن.

وعليه؛ يلزم ـ لو قيل به ـ أن لا يعتد بإذنه للعدل[٦] قبل توكيل الراهن، فليؤخر عنه، ويلزم[٧] الحكم ببطلان رضا المرأة للوكيل[٨] بالنكاح قبل توكيل الوليّ، وكل ذلك محتمل. ووجه المساهلة إقامةُ دوام الإذن مقام الابتداء تعلقًا بعمومه، وأنه[٩] لم يعمل في الحال فليقدر مضافًا إلى وقت التوكيل، وإذا احتملت الوكالةُ التأقيت والتعليق كان الإذن أولى بالاحتمال[١٠].

---

(١) يراجع: «الروضة» (٤/ ٨٧).
(٢) في (د): «بل لا بدّ».
(٣) في (د): «أحدها أنَّه».
(٤) في (د): «عن».
(٥) في (د): «مشعر».
(٦) في (د): «للوكيل».
(٧) في (د): «ويلزم عليه الحكم».
(٨) في (د): «بالتوكيل».
(٩) في (د): «وأنَّه إن لم».
(١٠) يراجع في تفصيل ذلك: «الروضة» (٤/ ٨٨ ـ ٩٠).

● **الثاني**: لو أذن الراهنُ للعدلِ عند الرهن بالبيع عند حلول الأجل؛ لم يفتقر إلى مراجعته ثانيًا عند الحلول. وفيه وجه آخر[١]: أنّه لا بدّ منه؛ إذ قد يسمح بالإذن في غير وقت البيع، ثُمَّ يرى أنْ يوفي الدَّين من موضع آخر في وقت الحلول[٢].

● **الثالث**: أنَّه لو ضاع الثمن في يد العدل؛ فهو أمانة، فلو سلَّمه إلى أحدهما دون إذن الثاني[٣]؛ فهو ضامن، ولو أذن له الراهن في التسليم إلى المرتهن، فسلَّم، وأنكر المرتهن؛ فهو ضامن؛ لعجزه عن الإثبات، فإن[٤] صَدَّقَه الراهن ونسبه إلى التقصير في ترك الإشهاد؛ ففي الضمان وجهان.

ولو كان قد شرط الإشهاد؛ فلا شك أنَّه يضمن. ولو ادَّعى موت الشهود وصدَّقه[٥]؛ لم يضمن، وإن كُذِّب؛ فوجهان.

● **الرابع**: إذا باع العدل بالغبن؛ بطل بيعه إن باع بثمن المثل ـ وهو في الحال يطلب بزيادة ـ؛ لم يصح. وإن طلب في المجلس أيضًا؛ انفسخ العقد؛ لأنَّه في حكم الابتداء، فإن أبى الراغب من قبول البيع بعد إظهاره؛ فالأصح أنَّا نتبين أن الانفساخ لم يكن؛ إذ أن الزيادة لم يكن لها حقيقة.

وفيه وجه: أنَّه لا بدّ من تجديد العقد؛ فإنَّ الفسخ قد وقع.

---

(١) «آخر» لم يرد في (د).

(٢) يراجع: «الروضة» (٤/ ٩٠)، حيث رجَّح الأول فقال: أصحهما: لا؛ لأن الأصل بقاؤه، أي: بقاء الإذن بالبيع.

(٣) في (د): «دون إذن الآخر». يراجع: «الروضة» (٤/ ٩٠ ـ ٩٢) حيث ذكر أن الأصح عدم الضمان.

(٤) في (أ): «وإن».

(٥) في (د): «وصدق».

ثُمَّ في تجديد البيع من الأول أو البيع من الراغب الثاني[١] عند إطلاق الإذن وجهان:

أحدهما: أنَّه لا يجوز إلَّا بإذن مجدَّد؛ إذ الوكالة الأُولى انقضت بالبيع الأول[٢].

والثاني: الجواز، وتنزيلُ البيع على ما يفيدُ ويتقررُ، وإخراجُ الأولِ عن كونه امتثالًا[٣].

* الأمر الثالث: تَعَهُّدُ المرهون[٤] ومؤونتهُ على الراهن:

وليس يمنع منه، حتَّى من الفصد والحجامة والختان، ويمنع من[٥] قطع سلعة يخاف منها سراية، ويجب عليه كراءُ الإصطبل للدابَّة مع العلف.

وقال الشافعي: إذا رهنه ثمرة[٦]، فعلى الراهن سَقْيُها وإصلاحُها وجُذاذُها وتشميسُها، كما يكون عليه نفقة العبد[٧].

وقال[٨] (عليه السَّلام): «**الرهن مركوبٌ ومحلوبٌ**[٩]، **وعلى من**

---

(١) في(د): «أو البيع أو الراغب الراغب الثاني».

(٢) في (ق): «انقضت بالامتثال بالبيع الأول»، وفي (د): «انفسخت بالامتثال بالبيع الأول».

(٣) في (أ): «امتثالًا للأمر». ويراجع: «الروضة» (٤/ ٩٣ ـ ٩٥).

(٤) في (أ، ق): «الرهن».

(٥) في (د): «عن».

(٦) في (د): «ثمرة شجرة فعلى»، ولعلها «شجرة مثمرة»، وصُحِّفت.

(٧) يراجع: «الأم» (٣/ ١٢٥).

(٨) في (د): «وقد قال ﷺ».

(٩) «الرهن مركوب ومحلوب» لم يرد في (د).

يركبه ويحلبه[١] نفقتُه، له غُنْمُه وعليه غُرْمُه»[٢].

فإن امتنع أجبره القاضي لحق المرتهن، هذا مذهب العراقيين[٣].

وقالت[٤] المراوزةُ: لا يلزمه الإنفاق على الحيوان إلَّا لحقٍّ[٥]

---

(١) في (د): «يحلبه ويركبه».

(٢) الحديث هذا بكامله مركَّب من عدة روايات، فرواية البخاري عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنَّه كان يقول: «**الرهن يركب بنفقته، ويشرب لبن الدَّرِّ إذا كان مرهونًا**»، وفي رواية أخرى له: «**الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونًا، ولبن الدَّرِّ يشرب بنفقته إذا كان مرهونًا، وعلى الذي يركب ويشرب النَّفقة**»، وفي رواية الحاكم بلفظ: «**الرهن مركوب ومحلوب**» وقال: صحيح على شرط الشيخين. وروى الشافعي، والدارقطني بلفظ آخر وهو: «**لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غُنمه وعليه غُرمه**»، وقال الدارقطني: «هذا إسناده حسن متصل»، قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص»: «وأخرجه ابن ماجه، والحاكم، وابن حبان في «صحيحه»، وصحح أبو داود، والبزار، والدارقطني، وابن القطان إرساله، وقوله: «**له غُنمه، وعليه غُرمه**» قيل: إنها مدرجة من قول ابن المسيّب، فتُحَرَّر طُرقه، قال ابن عبد البرّ: هذه اللفظة اختلف الرواة في رفعها ووقفها...».

والحديث فيه دليل على أنَّه يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن إذا قام بما يحتاج إليه، ولو لم يأذن المالك، وبه قال أحمد، وإسحاق، والليث، والحسن، وغيرهم، وقال الشافعي، وأبو حنيفة، ومالك، وجمهور العلماء: لا ينتفع المرتهن من الرهن بشيء، بل الفوائد للراهن والمؤن عليه. وقال الحافظ في «الفتح»: «وعلى الذي يحلب ويركب النفقة، أي كائنًا من كان».

يراجع: «صحيح البخاري مع الفتح» كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب (٥/ ١٧٠)، و«الترمذي»: حديث (١٢٥٤) كتاب البيوع، وابن ماجه: حديث (٢٤٤٠)، و«سنن أبي داود» كتاب البيوع، حديث (٣٥٢٦)، و«الدارقطني» (٣/ ٣٤)، و«المستدرك» (٢/ ٥٨).

(٣) يراجع: «الروضة» (٤/ ٩٣ ـ ٩٤).

(٤) في (د): «وقال».

(٥) في (أ، ي): «... الإنفاق إلَّا على حيوان لحق...».

الله تعالى، فلم يرهن منه إلَّا على ذلك[١]. فإن امتنعَ، بِيعَ جزء من المرهون وجعل نفقة له، فإنْ خيف استيعابُ المرهونِ بالنفقة؛ ألحق بما يتسارع إليه الفساد، وبيع بما لا يحتاج إلى النفقة[٢]. وكذلك يحُذَرُ من بيع البعض؛ لأنَّه تشقيص فينفق عليه من منفعته وكسبه، وإلّا فيباع. ولعل الأول أصح، ويتأيد بالمُكْرى؛ فإنّه يجب عليه عمارةُ الدار من عنده وفاءً بتقرير ما التزم.

*** الأمر الرابع: المرهونُ أمانة في يدِ المرتهن:**

لا يسقط بتلفِهِ شيء من الدَّين، خلافًا لأبي حنيفة[٣]:

فلو تصرف فيه بما لا يجوز ضَمِن ضَمانَ المغصوب.

*** فروعٌ[٤]:**

● **أحدها**: لو رهن عنده أرضًا، وأذِن له في الغراس بعد الشهر[٥]؟ فهو قبل الغراس أمانة، وبعده عارية مضمونة، والرهن مستمر. فإن غرس قبل الشهر؟ قلع مجانًا، وإن غرس بعد الشهر؟ لم يقلع إلَّا ببدل.

---

(١) في (أ، ي، ط): «إلّا ذلك». ويراجع: «الروضة» (٤/ ٩٣).

(٢) في (د): «نفقة»، بدون «ال».

(٣) حيث يقول أبو حنيفة وأصحابه: إن المرتهن ضامن للمرهون إذا قبضه، وعلى هذا إذا هلك بنفسه يسقط الدَّين بقدره، ويطالبه بالقيمة. واستدلوا بأحاديث وآثار عن الصحابة تدعم مذهبهم، لكن قد اشترطوا لكونه مضمونًا أن يكون الدَّين قائمًا، وأن يكون هلاك المرهون في قبض الراهن.
انظر أدلتهم بالتفصيل في: «الهداية مع شرح العناية» (٨/ ١٩٤)، و«بدائع الصنائع» (٨/ ٣٧٦٠ ـ ٣٧٦٥)، و«الدر المختار مع رد المحتار» (٦/ ٤٧٩)، و«البحر الرائق» (٨/ ٢٦٥).

(٤) في (د): «فروع أربعة».

(٥) في (د، ط): «شهر»، وكلاهما صحيح.

● **الثاني**: إذا كان الدينُ مؤجلًا بشهر فقال: رهنتك[١] بشرط أن يَكون مبيعًا منك[٢] بعد حلول الأجل؛ فالرهنُ فاسد، والشرطُ فاسد، ولكنه في الشهر الأول أمانة؛ لأنَّه مقبوض على حكم الرهنِ، وفي الثاني: مضمونٌ؛ لأنَّه مقبوض على حكم شراءٍ فاسد، وللفاسدِ حكمُ الصحيح في الضمان، ومنهم من استثنى ما إذا عرف فسادَ البيع وأمسكه[٣] عن جهة الرهن.

التفريع: لو غرس بعد مضي الشهر على ظن صحة البيع؛ لم يُقلع غرسُه مجانًا؛ لأنّه مأذونٌ فيه في ضمن البيع، ولو علم الفساد؛ قلع مجانًا؛ لأنَّه حرم عليه ذلك، فلا حرمة لفعله.

● **الثالث**: إذا ادَّعى المرتهنُ ردَّ الرهن أو تَلفَه، فالقولُ قولهُ عند المراوزة، كما في المودع، وطرَّدوا ذلك في المستأجر وأيدي الأمانات كلها[٤].

وقال العراقيون: ذلك من خصائص الائتمان؛ لأنَّه مصدَّق بقوله إذا ائتمنه، وألحقوا الوكيل بغير أجرة بالمودع، وذكروا في الوكيل بأجرةٍ وجهين[٥].

---

(١) في (د): «رهنت منك».

(٢) في (د): «منك بالدين عند حلول».

(٣) في (د): «فأمسكه».

(٤) أيدي الأمانات: هي أيدي الوكيل، والمودع، والمضارب، والشريك. انظر تفصيل المسألة في: «الروضة» (٤/ ٩٧).

(٥) قال النووي في «الروضة» (٤/ ٩٧): «وإن ادَّعى المرتهن رده إلى الراهن، قال العراقيون: القول قول الراهن مع يمينه؛ لأنَّه أخذه لمنفعة نفسه، فأشبه المستعير، بخلاف دعوى التلف، فإنَّه لا يتعلق بالاختيار فلا تساعده فيه البينة. قالوا: وكذا حكم المستأجر إذا ادعى الرد، ويقبل قول المودع والوكيل بغير جُعْل مع يمينهما؛ =

● **الرابع**: قال المراوزة: المرتهن من الغاصب والمستأجر منه على جهل، حكمُهما حكم المودَع على جهلٍ حتَّى يطالبوا[١] بالضمان والقرارُ على الغاصب. والعراقيون سوّوا بين الكل، وذكروا في مطالبتهم وجهين، وعند المطالبة ذكروا في قرار الضمان وجهين[٢].

* الأمر الخامس: تصرفات المرتهن:

وهو ممنوع من جميعها قولًا وفعلًا، وليس له الانتفاع أيضًا، ولو وطئ مع العلم بالتحريم، فحكمهُ حكم الزنا، وإن جهل وكان حديث العهد[٣] بالإسلام، فحكمه حكم الوطء بالشبهة، ومنه من قطع بسقوط الحدِّ، وتَردَّد[٤] في المهر والنسب وحريّة الولد لضعف هذه الشبهة. وهو بعيد.

ثم قال القاضي: من لا يعرف هذا القدر، فكأنَّه لا معرفة له.

فإذا اكتفينا بهذا في إثبات الأحكام، فينبغي أن نقول: المجنون إذا

= لأنهما أمينان متمحضان. وفي الوكيل بجُعْل، والمضارب، والأجير المشترك إذا لم نضمنه، ذكروا وجهين، **أصحهما**: يقبل قولهم مع اليمين؛ لأنهم أخذوا العين لمنفعة المالك، وانتفاعهم بالعمل في العين، لا بالعين، بخلاف المرتهن والمستأجر. وهذه الطريقة هي طريقة أكثر الأصحاب، لا سيما قدماؤهم... وقال بعض الخراسانيين من المراوزة وغيرهم: كل أمين يصدق في دعوى الرد كالتلف، فقد اتفقوا في الطرق على تصديق جميعهم دعوى التلف، وفي عبارة الغزالي ما يقتضي خلافًا فيه، وليس هو كذلك قطعًا».

(١) في (د): «حتى إنهم يطالبون»، وفي (ي): «حتى يطالبون».
(٢) أصح الوجهين يضمن؛ لثبوت يده على ما لم يأتمنه موكله عليه. «الروضة» (٤/٩٨).
(٣) في (د): «عهد».
(٤) في (د): «وترددوا».

زنى فحكمُه حكمُ الوطء بالشبهة؛ وإن أذِنَ الراهن وعلم التحريم[١]؛ فهو زانٍ. وقيل: إن مذهب عطاء إباحة الوطء بالإذن[٢]، فيصير شبهة ويلتحق بالوطء بالشبهة، فأمَّا إذا ظنّ الإباحةَ، فهذه الشبهة أقوى.

• **وفي المهر وجهان:**

أحدهما: السقوط لإذنه.

والثاني: الوجوب كالمفوِّضة[٣] إذ لا يؤثرُ الإذنُ في إسقاط عوض الأبضاع.

• **وفي قيمة الولد طريقان:**

أحدهما: أنَّه كالمهر؛ لأنَّه نتيجة الوطء.

والثاني: القطعُ بالوجوب؛ لأنَّه لم يأذن في الاستيلاد، وهذا ينقضُه أن المرتهن لو أذن للراهن نفذ استيلاده قطعًا[٤].

الطرف الثالث:

في محل الوثيقة

وهو عينُ المرهونِ أو بدلُها.

فأمَّا بدلُ المنفعةِ ـ كالكسبِ، والعقر[٥] ـ، أو الزيادة الحاصلة من

---

(١) في (د): «وعلم بالتحريم».

(٢) عطاء هو ابن أبي رباح، ولد باليمن، ونشأ بمكة، وكان عبدًا أسود، لكنه رفعه العلم والإيمان فأصبح مفتي مكة ومحدثها وحامل فقه ابن عباس حتَّى دخل ابن عمر مكة فسألوه، فقال: تسألونني وفيكم ابن أبي رباح؟ وتوفي عام (١١٤هـ) على الأصح.

(٣) في (د): «كما في المفوضة».

(٤) انظر: «الروضة» (٤/ ٩٩).

(٥) في (د): «أو العقر»، والعقر: هو الجرح. انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٧١).

العين ـ كاللبن، والولد، والتمر[١]، والصوف ـ؛ فلا يتعدى الرهنُ إليها عندنا. وخالف أبو حنيفة الزيادات الحاصلة من العين، وفي العقد أيضًا[٢].

هذا إذا[٣] كان الولدُ حادثًا علوقُه بعد الرهن، وانفصالهُ قبل الحاجة إلى البيع.

فإن كان مُجتَنًّا في الحالتين جميعًا[٤]؛ فيباع الحاملُ في حقه، ولا ينظر إلى ما في بطنها.

---

(١) في (د): «كالولد واللبن والثمرة».

(٢) اختلف الفقهاء في حكم الزوائد المنفصلة عن الرهن: هل تدخل فيه فتكون رهنًا أم لا تدخل؟ على مذاهب:
١ ـ فذهب الحنابلة، والنخعي، والشعبي: إلى أن نماء الرهن: وجميع غلاته وزوائده تكون رهنًا، سواء في ذلك الزوائد المتصلة؛ كالتعلم، أو المنفصلة؛ كالكسب والأجرة، والولد، والثمرة، والصوف، والشعر.
٢ ـ وذهب الحنفية، والثوري: إلى أن الزوائد المتولدة من المرهون تدخل فيه؛ كالولد، والثمر؛ كالأرش والعقر. أمَّا الزيادة غير المتولدة منه، كالكسب والأجرة والهبة، فلا تدخل فيه.
٣ ـ وذهب مالك: إلى دخول الجنين في بطنه وقت الرهن، والذي يأتي بعده، واندراج الصوف الذي كان على ظهره يوم الرهن. أمَّا الغلات والزوائد الأخرى، فلا تدخل؛ كالصوف الحاصل بعده، والثمرة، واللبن، وما أشبه ذلك.
٤ ـ وقال الشافعي: إن الزوائد المنفصلة كلها لا تدخل في الرهن ولا تتبع الأصل.
انظر تفصيل أدلة المختلفين في: «بدائع الصنائع» (٨/ ٣٧٥٤)، و«شرح العناية» من تكملة «الفتح» (٨/ ٢٠٥)، و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» (٣/ ٢٤٤)، و«قوانين الأحكام الفقهية» (ص٣٥٢)، و«روضة الطالبين» (٤/ ١٠٢)، و«نهاية المحتاج» (٤/ ٢٨٩)، و«بداية المجتهد» (٢/ ٢٧٦)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٤٣٠).

(٣) في (د): «إن كان».

(٤) «جميعًا» لم يرد في (د).

وإن كان مجتنًّا عند العقد منفصلًا حال البيع؛ ففيه قولان مأخذهما[١] التردد في الاستتباع، وأنَّ الحمل هل يعرف[٢].

وإن علق بعد الرهن وكان مجتنًّا عند البيع؛ فكذلك فيه قولان.

فإن[٣] **قلنا**: إنه لا يعرف وكأنه[٤] زيادة متصلة؛ فلا كلام.

وإن قلنا: لا يتعلق بالحمل؛ فلا يمكن بيعُ الأم دون الحمل؛ ولا بيع الكلّ من التوزيع، فإنَّ قيمة الحمل لا تعرف، وقد تنقص القيمة بالحمل، فيؤخر إلى وقت انفصال الولد.

أمَّا بدل العين: فيتعدَّى إليه الرهنُ، ونعني به أرش الجنايةِ، فإنَّه يوضع رهنًا.

وما دام في ذمة الجاني هل نسمِّيه مرهونًا؟ أو[٥] نقول: زال الرهن ثُمَّ عاد عند التعيين، كما نقول في العصير إذا تخمر ثُمَّ انقلب خَلًّا[٦]؟ فيه خلاف.

ثم الراهن بالمطالبة أولى[٧] فهو المالك، فإن[٨] تكاسل؛ فللمرتهن المطالبة. فإن أبرأ الراهن؛ لم ينفذْ قطعًا، ولم يلحق بالإعتاق. وإن أبرأ المرتهن؛ لم يصح، ولكن هل يكون ذلك فسخًا للرهن في حقه؟ فعلى وجهين.

---

(١) في (ط، د): «مأخذه».

(٢) في (د): بعد «هل يعرف»: «فإنه إن لم يعرف لم يندرج وكأنَّه حدث الآن».

(٣) في (د): «وإن».

(٤) في (د): «فكأنه».

(٥) في (د): «أم».

(٦) في (د): «إذا انقلب خمرًا ثُمَّ خلًّا».

(٧) في (د): «أولًا».

(٨) في (د): «وإن».

وجه المنع: أن الفسخ كان يحصل ضمنًا للإبراء، فإذا لم يحصل المتضمن؛ فلا عموم لقوله، فلا يحصل الضَّمْنُ[١].

الطرف الرابع:
في غاية الرهن وما به انفكاكه

وهو فسخ[٢] الرهن، أو فوات المرهون بغير بدل أو قضاء الدين.

*** أمَّا الفسخ:**

فلا يخفى انفكاكه[٣].

وكذا:

*** فوات عين المرهون بآفة سماوية:**

ويلتحق به ما إذا فات الملك فيه بغير بدل، وذلك إنَّما يكون بجناية العبد؛ فإنَّه يتعلَّقُ الأرشُ برقبته، فإن فداه السيد؛ استمر الرهن، وإن بيع في الجناية، فقد فات الملك وفاتت وثيقة الرهن، ولا ضمانَ على الراهن؛ لأنَّه لم يكن من جهته.

وإنَّما لم يمنع الرهن حق الجناية؛ لأنَّه لا يزيد على حق المالك، وقُدِّم حق المجني عليه على حق المالك مصلحة في حسم الجنايات.

---

(١) ويقال: ضمنت المال، وبه ضمانًا، أي: التزمته، وضمن ضمنًا فهو ضَمِن على وزن زمن، أي: أصابته أو لزمته علة. والمقصود به هنا مدلول الكلام ومراميه، فالضَّمْن ـ بفتح الضاد وسكون الميم ـ: باطن الشيء وداخله، ويقال: يفهم من ضمن كلامه كذا، دلالته ومراميه.
انظر: «المصباح المنير» (٢/ ١٠)، و«المعجم الوسيط» (١/ ٥٤٤ ـ ٥٤٥).

(٢) في (د): «بفسح الرهن أو بفوات».

(٣) «انفكاكه» لم يرد في (د).

● **فأمَّا إذا كانت الجناية[(١)] متعلِّقة بالسيد، فلها[(٢)] ثلاث أحوال:**

إحداها[(٣)]: أن يجني على طرفه أو على عبده بما يوجب القصاص، فله قتْلُه؛ لأن رتبته[(٤)] لا تتقاعد عن رتبة الأجنبي. وإن عفا عن القصاص على مال، فلا مطمع في فك الرهن في قدر الجناية؛ لأنَّ السيدَ لا يثبت له حق في ذمة عبده حتَّى يبتنى عليه التعلقُ بالرقبة.

ثُمَّ البيع، فيه فك الرهن به.

وفيه وجه عن ابن سريج: أن له فك الرهن في قدرِ الجنايةِ، ويظهر أثرُ الجناية في حق المرتهن، وإن لم يظهر في حق العبد[(٥)].

الثانية[(٦)]: إذا جنى على ابن الراهن، فمات الابن وانتقل [الحق][(٧)] إلى الراهن؛ فله القصاص. وإن عاد إلى مال، فهل يستحق فك الرهن به؟ يبتنى على أنَّ الملك الطارئ هل يقطع دوام الدَّين الذي استحق قبل الملك؟ وفيه خلاف، وهذا في حكم دوام دين؛ لأنَّه استحق من قبلُ[(٨)]، والإرث دوام[(٩)]. فإن قُتِلَ ابن الراهن **وقلنا**: إن الديّة تثبت للقتيل أولًا؛ ثُمَّ للوارث؛ فحكمهُ

(١) في (د): «الجنايات».
(٢) في (أ): «فله».
(٣) في (أ): «أحدها»، وكلاهما جائز؛ لأن الحال تذكر وتؤنث.
(٤) في (د، ط): «مرتبته»، والمؤدى واحد.
(٥) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٠١ ـ ١٠٤).
(٦) في (أ): «الثاني».
(٧) الزيادة من (د).
(٨) في (د): «من قبل».
(٩) في (أ): زيادة «قبل الملك وفيه خلاف»، وفي (ق): شطب على: «الملك وفيه خلاف»، ثم جاءت العبارة كالآتي: «وهذا في حكم دوام دين؛ لأنَّه استحق قبل الملك وفيه خلاف». (ق) ورقة [١٥٣/ ب] من الجزء الأول.

ما سبق. **وإن قلنا**: إنه[١] للوارث ابتداء، فهو كما لو جنى على الراهن ابتداءً. ولو قتل الراهن، فليس للابن فك الرهن[٢] قطعًا؛ لأنَّه ليس يفيد في حق المورث والوارث، فإنَّ الوارث هاهنا هو المالك.

الثالثة[٣]: إذا جنى على عبد آخر له مرهون: إن كان من شخص آخر؛ فللراهن القصاصُ، ولا مبالاةَ بفوات حق المرتهنين.

وإن[٤] عفا على مال؛ تعلَّق حقُّ مرتهن القتيل بالعبد.

وإن عفا مطلقًا أو من غير مال، فهو كعفو المفلس المحجور عليه.

وإنْ كان موجبه المال؛ فيباع الجاني[٥] في حق مرتهن القتيل.

وإن[٦] كان حقه يتأدَّى ببعض العبد القاتل لكونه دون قيمته؛ بيع ذلك القدر في حقه، وبقي الباقي رهنًا عند مرتهن القاتل.

وإن لم يرض مرتهن القاتل بعيب التشقيص؛ يباع الكل ويوضع الفاضل عن أرش الجناية رهنًا عنده.

ولو تساوت القيمتان وتراضى المالك ومرتهن القتيل بأن يجعل العبد رهنًا بدل القتيل؛ جاز[٧].

وإن أبى المرتهنُ؛ فهل يجبر عليه؟ فيه وجهان.

أمَّا إذا كان القتيل مرهونًا عنده أيضًا: فإن كان بذلك الدَّين بعينه؛

---

(١) في (أ) لم يرد «إنه»، وفي (د): «إنها».
(٢) في (د): «الرهن به قطعًا». ويراجع: «الروضة» (٤/ ١٠٥).
(٣) هذه الحالة الثالثة هي الثانية في (ط): والثانية هي الثالثة من حيث الترتيب.
(٤) في (د): «فإن».
(٥) «الجاني» لم يرد في (د).
(٦) في (د): «فإن».
(٧) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٠٥).

فهو فوات محض في حقه. وإن كان بدين آخر يخالفه في الجنس أو القدر أو مقدار الأجل؛ فله أن يفك الأول ليباع، ويجعل رهنًا بالثاني.

إن استوى الدَّينان من كل وجه قدرًا وجنسًا وأجلًا فقال: بيعوه لينتقل حقي إلى ثمنه، فإني لا آمن جنايته، فهل يكون هذا من الأغراض المعتبرة؟ فيه وجهان[١].

* السبب الآخر في فكِّ الرَّهن: قَضاءُ الدين:

وهو قسمان:

*** الأول: أنْ يقضي من غير المرهون:**

فإنْ قضى جميعَ الدَّين؛ انفك الرهن، وإنْ بقي من الدَّين درهم؛ بقي جميع المرهون دينًا[٢]، فلا ينفك[٣] بقضاء بعض الدَّين بعض المرهون، بل ينبسط[٤] على أجزاء المرهون، ولذلك نقول: لو مات أحد العبدين؛ بقي الثاني رهنًا بالجميع. وكذلك لو رهن عبدين بألف؛ وسلَّم أحدَهما؛ كان رهنًا عندنا بجميع الألف، خلافًا لأبي حنيفة[٥].

فأمَّا إذا تعدَّد العقدُ لم يكن أحدهما[٦] متعلقًا بالآخر، وذلك[٧] بتعدده في نفسه، كما إذا رهن نصفَي عبدٍ في[٨] صفقتين بألفين، ثُمَّ قضى أحدُهما؛ انفك أحد النصفين.

---

(١) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٠٧).
(٢) في (ق، د): «رهنا».
(٣) في (د): «فلا ينفك من الرهن شيء بقضاء».
(٤) في (د): «فإن الدَّين منبسط».
(٥) لدى الحنفية تفصيل في المسألة، فيراجع في: «بدائع الصنائع» (٨/ ٣٧٧٣ - ٣٧٧٧).
(٦) في (أ، ق): «أحد».
(٧) «وذلك» لم يرد في (د).
(٨) «في» لم ترد في (د).

وكذلك لو تعدَّد مستحق الدَّين، كما إذا رهن من رجلين وقضى دين أحدهما، أو تعدَّد المستحق عليه فارتهن من رجلين؛ فلا يقف حكمُ أحدِهما على الآخر، ولا نظر إلى اتحاد الوكيل وتعدده في باب الرهن؛ لأنَّه ليس عقد عهدة؛ بخلاف صفقة البيع؛ فإنَّها قد يتعدد بتعدد الوكيل.

وهل تتعدد بتعدد المالك؟ فيه وجهان.

وصورتهُ: أن يستعير عبدًا من رجلين، ويرهن[(١)] بألفين عليه لشخص واحد، ثُمَّ يسلم ألفًا، وقصد به فك نصيب أحدهما، فمنهم من قال: لا ينفك نظرًا لاتحاد الدَّين والعقد.

ومنهم من نظر إلى تعدد المالك.

ولو استعار عبدين من رجلين، ففي التعدد وجهان مرتبان[(٢)]؛ لانضمام تميز المرهون إلى تميز المالك.

ولو مات الراهن[(٣)] وخلّف ابنين، ذكر صاحب «التقريب» قولين، والصحيح: أن له حكم الاتحاد نظرًا إلى حال الرهن[(٤)].

نعم، لو مات قبل الرهن[(٥)] وتعلق الدَّين بالتركة بإقرار الابنين قضى أحدهما نصيبه، ففي انفكاك نصيبه قولان ظاهران من حيث إن التعددَ مقترن بالابتداء، وهو بناءً على أن أحدهما لو أقرّ، هل يطالب بتمام الدَّين[(٦)]؟

---

(١) في (د): «ويرهنه».
(٢) في (د): «مرتبان وأولى لانضمام».
(٣) في (أ): «المالك».
(٤) في (د): «الراهن».
(٥) في (د): «لو مات الراهن وتعلق».
(٦) يراجع: «الروضة» (٤/ ١١١).

فرعٌ:

حيث يتميز الحكمُ بتعدد المالك، فإذا قضى أحدُ الشريكين نصيبه واستقسم المرتهن وكان الشيء مكيلًا أو موزونًا، قال الشافعي: له ذلك[١]. وهو تفريع على أنَّ القسمة إفراز حقٍّ لا بيع حتَّى يتصورَ في المرهون، ثُمَّ يراجع القاضي الراهن فيه، فإن أبى أجبر عليه، وفي مراجعة المرتهن وجهان من حيث إنه لا ملك له، ولكن له حق.

وإن[٢] كانت القسمةُ قسمة تعديلٍ كما لو رهن رجلان عبدين مشتركين، ثُمَّ قضى أحدهما نصيبه، وهما متساويان في القيمة، ففي الإجبار عليها قولان. **فإن قلنا**: يجبر، فالرجوع إلى المرتهن هاهنا أولى؛ لأنَّه أقرب إلى حقيقة البيع من قسمة التجزئة[٣].

*** القسم الثاني: في[٤] قضاء الدَّين من ثمن المرهون:**

وذلك ببيعه عند حلول الدَّين. ولا[٥] يستقلُّ المرتهنُ به، بل يرفعه إلى القاضي. ثُمَّ القاضي لا يبيع بل يكلف الراهن قضاء الدَّين أو الإذن في البيع، فإن أذِنَ وقال للمرتهن: بعه لي، واستوف الثمن لي، ثُمَّ اقبضه لنفسك؛ صح بيعه واستيفاؤه[٦]. وفي قبضه لنفسه خلافٌ منشأه اتحاد المقبِض والقابض. وإن قال: بعه لي، واستوف لنفسك؛ صح البيع، وبطل استيفاؤه لنفسه؛ لأنَّه لم يتعين بعدُ ملك الراهن؛ إذْ لم يستوف له أولًا،

(١) يراجع: «الأم» (٣/ ١٥٢).
(٢) في (د): «فإن».
(٣) في (أ، ي): «الجزية».
(٤) «في» لم ترد في (د).
(٥) في (د): «فلا».
(٦) في (د): «واستيفاؤه له، وفي». ويراجع: «الروضة» (٤/ ٨٨).

ولكن يدخل في ضمانه؛ لأنَّه استيفاء فاسد فلَهُ في الضمان حكمُ الصحيح.
ولو قال: بع[١] لنفسك؛ بطل الإذنُ؛ إذْ لا يتصور أنْ يبيع مال الغير لنفسه؛ فليقل: بعه لي. فإن قال: بع[٢] ـ مطلقًا ـ؛ ففيه خلاف.

واختلفوا في تعليل المنع: منهم من عَلّل بأنَّه مستحق للبيع، فينصرف مطلقُ اللفظ إلى جانبه، فهو كقوله: بع لنفسك.

ومنهم من عَلَّل بأنَّه متهم في ترك المماسكة؛ لأنَّه في غرض نفسه يتحرك[٣]. فعلى هذه العلة؛ لو قدر[٤] الثمن، أو كان قبل حلول الأجل، أو كان الراهن حاضرًا؟ قالوا: يصح بيعه[٥].

فرعٌ:

لو حضر الراهنُ مجلسَ القاضي وكلَّف[٦] المرتهن إحضار الرهن حتَّى يقضي دينه؟ لم يلزمه، بل عليه قضاء الدين. وإذا[٧] قضى؛ فليس عليه أيضًا إحضاره[٨]؛ فإنَّه أمانة في يده، فلا شيء عليه إلَّا التمكين من الأخذ[٩].

❑❑❑

(١) في (د): «بعه».
(٢) في (د): «بعه».
(٣) في (د): «متَحرك».
(٤) في (د): «لو عين قدر الثمن».
(٥) يراجع: «الروضة» (٤/ ٨٨).
(٦) في (ق): «نكلف».
(٧) في (د): «فإذا».
(٨) في (د): «إحضاره أيضًا».
(٩) «في يده فلا شيء عليه إلَّا التمكين من الأخذ» لم يرد في (د).

البابُ الرَّابع
في النزاع بين المتعاقدين

وهو في أربعةِ أمور: العقدِ، والقبضِ، والجنايةِ، وما يوجبُ فكَّ الرهن[١].

النزاعُ الأولُ:
في العقدِ

ومهما اختلفا فيه، فالقولُ قولُ الراهن؛ لأن الأصل عدمُ الرهن.

فروع ثلاثة:

* **أحدُها**: إذا تنازعا في قدر المرهون؛ فالقول قولُ الراهن[٢]؛ لأنَّ الأصلَ عدم الرهن، فلو صادَفْنا في[٣] يد المرتهن أرضًا وفيها نخيل، وادَّعى كون النخيل رهنًا، فأنكر الراهنُ وجوده لدى العقد كفاه ذلك إن أمْكن صدقهُ، ويحلّفُ عليه.

وإن[٤] كذَّبه الحس، فله أنْ يحلف على نفي الرهن لا على نفي الوجود، فلو[٥] استمر على إنكار الوجود على خلاف الحسِّ[٦] جُعل ناكلًا

(١) في (د): «الرهن به».
(٢) في (د): «المرتهن».
(٣) في (أ، ق): «وإن كان ما في»، والمؤدى واحد.
(٤) في (د): «فان».
(٥) في (ط، د): «فإن».
(٦) في (ق) لم يرد «فله أن يحلف. . . على خلاف الحس».

عن اليمين ورُدَّت[١] اليمين على المرتهن. فإنْ تركَ ذلك ورجَعَ إلى إنكار الرهن لم يمنع منه، وإن كذب نفسه فيما سبق من إنكار الوجود.

* **الثاني**: إذا ادّعى رجل[٢] على رجلين رهن عبدٍ واحدٍ لهما عنده، فكذبه أحدُهما، وصدقه الآخر؛ فللمصدِّق أنْ يشهدَ على المكذِّب؛ لأنَّ الشريكَ يشهد على الشريك.

وإن[٣] ادَّعى رجلان على رجلٍ رهن عبدٍ واحدٍ لهما عنده، فكذَّب أحدُهما، فشهد المصدِّق للمكذِّب؛ ففي قَبوله وجهان يبتنيان على أنَّه لو لم يشهد هل كان المكذِّبُ يشاركه في نصفه مؤاخذة له بتصديقه؟ وكذا الخلافُ فيما لو ادَّعيا هبة عبدٍ فصدَق أحدُهما[٤]، فهل يأخذ المكذِّب ممن[٥] سلَّم له النصفَ؟ أو لا خلاف في أنهما[٦] لو ادَّعيا وراثة عبدٍ فصدَّق أحدُهما شاركه المكذِّب فيه[٧]؟

* **الثالث**: لو ادَّعى رجلان على واحد[٨] أنَّه رَهَنَ عبده منهما[٩] على الكمال، فصدَّق أحَدهما؛ سُلِّم إليه. وهل يحلَّفُ للثاني؟ يبتنى على أنَّه لو أقر للثاني هل كان يغرم له؟ وفيه قولا ضمان الحيلولة.

---

(١) في (أ): «وردّ» بدون تاء، وكلاهما جائز لغويًّا.
(٢) لم يرد في (أ) «رجل».
(٣) في (ق، د، ط، ي): «ولو».
(٤) في (أ، ق): «أحد».
(٥) في (د): «مما».
(٦) في (أ): «ولا خلاف أنهما»، وهذا أيضًا جائز؛ لأن حذف حرف الجر على «أن» قياس، وفي (ق): «أنها» بدون «في» أيضًا.
(٧) يراجع: «الروضة» (١١٣/٤).
(٨) في (ق): «كل واحد».
(٩) في (د): «منه».

وإن[١] قال: رهنتُ من أحدكما[٢] ونسيتُه؛ فيحلَّفُ على نفي العلم.

فإن نكل؛ رُدَّتَ عليهما اليمين[٣].

فإن تحالفا أو تناكَلا؛ فسخ القاضي الرهنَ[٤]؛ لتعذر الإمضاء.

وإن حلف الراهنُ على نفي العلم، فالصحيح أنهما يتحالفان كما لو نكل. وفيه وجه: أنَّه انتهت الخصومة.

أمَّا إذا كان في يَدِ أحدهما وأقر[٥] الراهن للثاني بعد وقوع الاتفاق على جريان رهن وقبض مع كل واحد، ولكن وقع النزاع في السابق[٦]؛ فقولان، اختيار المزني[٧] ترجيح اليد على الإقرار، وهو ضعيف.

والأصح: النظر إلى موجب الإقرار.

ثم فَرَّعَ المُزنيُّ وقال: لو قال صاحب اليد: كان في يد المُقَرِّ له قبلَ هذا ولكنْ غصبًا؛ فيقال له: اعترفت[٨] باليد، وادعيْت الغصب؛ فهو في يده إذًا لا في يدك.

---

(١) في (د): «فإن».

(٢) في (د): «أحدهما».

(٣) في (أ، ي): «رُدَّ عليهما»، وفي (د): «ردت اليمين عليهما».

(٤) هذا الذي قطع به صاحب الكتاب هنا وجه ضعيف في المذهب، فالذي قطع به جماهير الأصحاب في العراق ونقله الإمام وغيره عنهم هو: أن العقد ينفسخ على المذهب دون الحاجة إلى حكم الحاكم. انظر: «الروضة» (٤/ ١١٦).

(٥) في (ق، د): «فأقر».

(٦) «بعد وقوع. . . في السابق» ساقط من (د).

(٧) انظر: «مختصر المزني» بهامش «الأم» (٢/ ٢١٧).

(٨) في (د): «اعترفت له». ويراجع: «مختصر المزني» بهامش «الأم» (٣/ ٢١٧).

النزاع الثاني:
في القبض

والقول فيه أيضًا قولُ الراهن[١]؛ إذ الأصل عدمُه إذا كان في يدِ الراهن، فإن كانَ[٢] وقت النزاع في يد المرتهن فكذلك القولُ قوله إن قال: غصبتنيه.

وفيه وجه بعيد.

وإن قال: أعَرتُكَهُ؛ أو أجَّرتكه[٣]؛ أَوْ أودَعْتُكَهُ؛ فوجهان:

وجه[٤] الفرق أنَّه أقَرَّ بقبضٍ مأذون فيه؛ وبجريان الرهن وهو يدعي صرفه عن جهة الرهن، فالظاهر[٥] خلافهُ.

وكذا الخلافُ إذا قال المشتري للبائع بعد قبضه المبيع: قبضتهُ على جهة البيع؛ وقال البائع: بل أعرتك؛ وحقُّ الحبس باقٍ على قولنا: إنّ حق الحبس لا يبطل بالإعارة[٦]، ولو اتفقا على أن الراهنَ أذِنَ في القبض، وقال الراهنُ: لم يقبض بعدُ؛ فإنْ كانَ في يدهِ؛ فالقولُ قولهُ. وإن كان في يد المرتهن؛ فهو المصدَّق.

---

(١) في (د): «أيضًا قول الراهن أيضًا».
(٢) في (أ): «وإن كانت».
(٣) في (د): «أو أكريتكه».
(٤) في (ط، د): «ووجه».
(٥) في (د): «والظاهر».
(٦) في (ط، د): «للبائع أعرتك المبيع بعد قبض، وقال البائع: بل هو محبوس بأصل الثمن»، ولكن بهامش (ط) كتب ما في بقية النسخ، وقد أثبتناه بلفظ: «وفي بعض نسخ الوسيط»...

فرعٌ:

لو قامت بيِّنة على الراهن بالإقباض بعد إنكاره، فقال: «كذب الشهود»؛ لم يلتفت إليه. فلو شهدوا على إقراره، فقال: صدقوا لكني كذبت في الإقرار؛ **ففيه ثلاثة أوجه:**

أحدُها: أنَّه لا يقبل؛ كما لو أقرّ في مجلس القضاء ثُمَّ رجع.

والثاني: يقبل؛ لأنَّه ممكن، فليتمكن[١] من تحليف الخصم على نفي العلم بذلك.

والثالث، وهو الأعدل: أنَّه إن قال: غلطت لوصول كتابِ وكيلٍ لي؛ أو أشهدتُ على الرسم في القَبالة[٢] قبل التحقيق؛ فيسمع حتَّى يحلف الخصم. وإن قالَ: كذبت عمدًا؛ فلا[٣].

النزاع الثالث:
في الجناية

إن جنى على المرهونِ، واعترفَ الجاني، وصَدَّقه الراهن دون المرتهن؛ غرمه[٤] للراهن، ولم يتعلق بالأرش حقُّ المرتهن. وإن صدق

---

(١) في (د): «فليمكن».

(٢) القبالة ـ بفتح القاف والباء الموحدة ـ: اسم للمكتوب الذي فيه ما التزمه الإنسان من عمل، ودَين، وغير ذلك، قال الزمخشري: كل من تقبل بشيء مقاطعة وكتب بذلك كتابًا، فالكتاب الذي يكتب هو القبالة بالفتح، والعمل قبالة بالكسر؛ لأنَّه صناعة. «المصباح المنير» (٢/١٤٦)، يقول الإمام النووي في «الروضة» (٤/١١٨): «وقد حكى في «الوسيط» وجهًا أنَّه لا يحلفه مطلقًا وإن ذكر تأويلًا، وهذا الوجه غريب ضعيف مخالف لما قطع به الأصحاب».

(٣) في (د): «فلا يسمع».

(٤) في (د): «غرم».

المرتهن دون الراهن؛ غرم[1] للمرتهن. فإن قضى الراهن دينهَ من موضع آخر؛ انفكَ الرهن، وبقي هذا مالًا[2] لا يدعيه أحد لنفسه، فهو لبيت المال، أو يرد على الجاني؟ فيه خلاف[3].

وأما[4] إذا جنى المرهونُ واعترف به المرتهن؛ فالقول قول الراهن.

وإذا[5] بيع العبد في دين المرتهن؛ لم يكن للمجني عليه إخراجُ الثمن من يد المرتهن مؤاخذة له بقوله؛ لأنَّ حق المجني عليه لا يتعلق بالثمن؛ إن صح البيع، وإن بطل؛ فكمثل[6]؛ لأنَّ الثمن للمشتري لا للمرتهن والراهن، وأما[7] إذا اعترف به الراهن دون المرتهن، أو قال الراهن ابتداءً: رهنته[8] بعد الجناية المستغرقة؛ أو كان مغصوبًا أو كان[9] معتقًا؛ ففي قبول إقراره ثلاثة أقوال[10]، كما في العتق؛ لتعارض[11] قيام الملك وانتفاء التهمة مع تعلق حق المرتهن.

ويجري هذا الخلاف في العبد المستأجر، والصحيح أنَّه لا يجري في المبيع إذا قال: كنت أعتقته قبل البيع؛ إذ لا ملك في الحال، والصحيح

(١) في (د): «غرمه».
(٢) في (د): «مال».
(٣) الأصح عند النووي: الرد على الجاني. وانظر: «الروضة» (٤/ ١١٩).
(٤) في (د): «أما».
(٥) في (د): «فإذا».
(٦) في (أ): «فكمثله». ويراجع: «الروضة» (٤/ ١١٩ ـ ١٢٠).
(٧) في (د): «أما».
(٨) في (د): «رهنه».
(٩) في (د): «أو معتقًا».
(١٠) في (د): «أقاويل».
(١١) في (د): «إذا تعارض».

أنَّه لا يجري[١] إذا لم تكن الجناية مستغرقة؛ لأنَّ التهمة قائمة.

التفريع:

إن قلنا: لا يقبل إقرارهُ؛ فيحلف[٢] المرتهن على نفي العلم[٣].

فإن حلف؛ فهل يغرم الراهن للمجني[٤] عليه؟ ينبني على قولَيْ الغرم بالحيلولة.

فإن[٥] نكل؛ فترد اليمين على المجني عليه أو على[٦] الرهن؟ **قولان:**

إن[٧] **قلنا**: على المجني عليه؛ فإن حلف؛ استحق، ولم يغرم الراهن للمرتهن؛ لأنَّه أبطل حق نفسه بنكوله. وإن نكل؛ فاز المرتهن به، ولم يغرم الراهن للمجني عليه؛ لأنَّه أبطل حق نفسه بنكوله[٨].

وإن قلنا: ترد على الرهن؛ فإن حلف؛ يُسلَّم للمجني عليه.

وإن نكل فهل للمجني عليه أن يحلف[٩] يقول: ليس لك أن تبطل حقي بنكولك؟ **فيه قولان.**

---

(١) «في المبيع... أنَّه لا يجري» ساقطة من (د).
(٢) في (د): «فهل يحلف».
(٣) «على نفي العلم» لم يرد في (د).
(٤) في (د): «المجني عليه».
(٥) في (د): «وإن».
(٦) في (د): «أو الراهن».
(٧) في (د): «فإن».
(٨) «وإن نكل فاز المرتهن... حق نفسه بنكوله» سقط من (ق، د).
ويراجع للتفصيل: «الروضة» (٤/ ١١٩ ـ ١٢١).
(٩) في (د): «أن يحلف له ويقول».

ووجه[١] **المنع**: أن يمين الرد قد انتهت نهايتها بنكول المردود عليه.

وإن قلنا: يقبل إقراره، فهل للمرتهن تحليفهُ؟ **وجهان.**

ووجه[٢] **المنع**: أنَّه أقر على ملك نفسه.

فإن قلنا: لا يحلف؛ فقد تَبينا بطلانَ الرهن تصديقًا له؛ فليس للمرتهن إلّا الخيار في البيع الذي شرط فيه الرهن إن كان قد شرط.

وكذلك[٣] **إن قلنا**: إنه يحلف؛ فحلف.

وإن نكل المقر وحلف[٤] المرتهن؛ **ففي**[٥] **نتيجة حلفه قولان**:

أحدهما: تقرير العبد في يده.

والثاني: أن يغرم الراهن[٦].

فإن[٧] **قلنا**: بالغرم، فهل يثبت له خيار الفسخ في البيع المشروط فيه ولم يُسلم عَينْ العبدِ المشروط وإنَّما يُسلِّم قيمته؟ فيه وجهان.

ووجه منع الخيار: أنه[٨] يجعل بإقراره متلفًا بعد الإقباض، وغارمًا له[٩]، وذلك لا يوجب الخيار.

---

(١) في (د): «وجه» بواو واحدة. يراجع: «الروضة» (٤/ ١٢١).
(٢) في (ق، د): «وجه» بواو واحدة.
(٣) في (ق): «ولذلك».
(٤) في (د): «حلف» من غير واو.
(٥) في (د): «وفي».
(٦) في (ق، د): «أن يغرم له الراهن».
(٧) في (د): «وإن».
(٨) في (ق): «أن».
(٩) «له» لم يرد في (د).

فإن قيل: فلو أقر الراهن بالاستيلاد، **قلنا**: يثبتُ حريةُ الولدِ والنسبِ.

وفي أمِّيَّة الولد[(١)] ما ذكرناه[(٢)] في العتق.

ويزيدها[(٣)] هاهنا أمرٌ[(٤)]، وهو:

أنها لو أتت بولد[(٥)] لأقلَّ من ستة أشهر من وقت الرهن؛ كان كدعوى العتق قبل الرهن.

وإن كان لأكثر فلا؛ لأنَّه يحتمل تراخيه عن الرهن[(٦)]، فهو كما لو اعترف[(٧)] باستيلاد متراخٍ[(٨)].

فإن قلنا: لا ينفذ استيلادُه إذا صدق؟ فلا كلامَ.

وإن قلنا: ينفذ؟ ففي إقراره وجهان، مأخذهما[(٩)] إقرارُ المبذرِ بإتلافٍ أو طلاق؛ لأنَّه إقرار بما ينفذ لو أنشأه، ولكنه[(١٠)] ممنوع من إنشائه شرعًا[(١١)].

---

(١) أي: هل يثبت لها وصف «أم الولد»؟ انظر: «الروضة» (٤/ ١٢٢).

(٢) في (د): «ما ذكرنا».

(٣) في (ق): «ونريد»، وفي (د): «ونزيد».

(٤) في (د): «أمرًا».

(٥) «بولد» لم يرد في (د).

(٦) في (د): «عن الرهن فلا يقبل، فهو».

(٧) راجع: السطر الأخير من (د)، ورقة [٢٠٣/أ].

(٨) في «متأخر».

(٩) في «مأخذه».

(١٠) في (د): «لكنه» من غير واو.

(١١) يراجع لتفصيل هذه المسألة: «الأم» (٣/ ١٥٧ ـ ١٥٨)، و«الروضة» (٤/ ١٢١ ـ ١٢٢).

النزاع الرابع:
فيما يفكُّ الرهن

وفيه أربعة فروع:

* **الأول**: إذا كان المرتهن أذن[(١)] في بيع الرهن، وباع الراهن، ورجع المرتهن، وادَّعى أنَّه رجع قبل بيعه، وقال الراهن: بل رجعتُ بعد البيع؛ فالأظهر أنَّ القول قولهُ، فإنَّ الأصل عدم الرجوع.

ويعارضه أنَّ الأصلَ عدمُ البيع، فيبقى أنَّ الأصلَ استمرار الرهن.

وقيل: إن القول قول[(٢)] الراهن؛ إذ[(٣)] المرتهنُ اعترف بالإذنِ والبيع ويدعي رجوعًا سابقًا، والأصلُ عدمه.

* **الثاني**: إذا سلَّم[(٤)] إلى المرتهن ألفًا به رهن، وله على الراهن ألف آخر لا رهن به، فتنازعا، وقال الراهنُ: سلمته عن جهة الرهن فانفكَّ؛ فالقول قولهُ؛ لأنَّه يختلفُ بنيته وهو أعرف بها، والعبرة بنيته حتَّى لو ظن المرتهن أنَّه أودعه وقد قصد[(٥)] قضاء الدَّين حصل الملك دون قصد التملك.

ولو قال المؤدي[(٦)]: ما قصدت شيئًا؛ **فوجهان**:

أحدهما: التوزيع على الدَّينين.

والثاني: أنَّه يقال له: «الآن ينبغي أن تنوي ما تريد».

---

(١) في (ق، د): «إذا أذن المرتهن في بيع».
(٢) في (ق): «القول الراهن»، وفي (د): «القول قول الراهن».
(٣) في (أ، ق): «إذا المرتهن».
(٤) في (د): «الثاني: سلم».
(٥) في (د): «وهو قصد».
(٦) في (ق، أ): «الراهن».

وكذا الخلاف في الوكيل عن جهة مستحقين إذا قبض ثُمَّ اختلفوا في الجهة(١).

* **الثالث**: إذا باع العدلُ المرهونَ بالإذن، وادعى تسليم الثمن إلى المرتهن، وأنكر المرتهن(٢)؛ فالقولُ قولُ المرتهن؛ لأنَّه ليس أمينه إلَّا في حفظ المرهون ولا يلزمهُ(٣) تصديقهُ في الثمن الذي هو بدلُ المرهون، ولا يجوز صرفهُ إلى المرتهن إلَّا بإذن الراهن.

ثم للمرتهن مطالبة من شاء من العدل والراهن، فإنْ ضمن العدلُ؛ لم يرجعُ على الراهن؛ لأنَّه مظلوم بزعمه ولا يرجع إلَّا على من ظلمه.

* **الرابع**: تنازعا(٤) في عيبِ المرهونِ: أنَّه قديم، فيثبت(٥) خيار الفسخ في البيع المشروط فيه، أم حادث؟ القولُ(٦) قولُ الراهن؛ إذ الأصلُ عدم العيب، ولذلك كان القولُ قولَ البائع في مثل هذه الصورة.

ولو قال المرتهن: أقبضتني العصير المرهون بعد انقلابه خمرًا فلي الفسخ(٧)؛ وقال الراهن: بل قبلَه ولا(٨) فَسخ لك؛ **فقولان**:

أحدهُما: أنّ الأصلَ بقاء الحلاوة.

---

(١) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٢٣ _ ١٢٤).
(٢) «وأنكر المرتهن» لم يرد في (د).
(٣) في (د): «فلا يلزم»، ويراجع للمسألة: «الروضة» (٤/ ١٢٥).
(٤) في (د): «إذا تنازعا».
(٥) في (أ): «يثبت».
(٦) في (ط، د): «فالقول».
(٧) «خمرًا فلي الفسخ» لم يرد في (د).
(٨) في (د): «فلا».

والثاني: أن القبض الصحيح الأصل عدمه[١] والراهنُ يدَّعيه، وهذا يلتفتُ إلى[٢] أن المدعي هو الذي يجُلّي سكوته، وهو المرتهن هاهنا، أو من يدعي خلاف الظاهر، وهو الراهن هاهنا، وفيه قولان[٣]، وهذا تنازع[٤] بالحقيقة يرجع بالعقد[٥] والقبض فليلتحق بالقسم الأول.

❑❑❑

(١) في (أ): «الأصل عدم القبض الصحيح».
(٢) في (د): «على»، وفي (ي): «ملتفت على».
(٣) قال النووي في «الروضة» (٤/ ١٢٥): «فالأظهر أن القول قول الراهن؛ لأن الأصل بقاء لزوم البيع، والثاني قول المرتهن؛ لأن الأصل عدم قبض صحيح».
(٤) في (د): «التنازع».
(٥) في (ق، د): «إلى العقد».



[٢١]
كتابُ التَّفْلِيس(١)

والتفليسُ أنْ يجعلَ من عليه الدَّيْنُ مفلسًا ببيع ماله.

ومهما التمس الغرماءُ الحجر عليه بديونهم الحَالَّةِ الزائدةِ على قدر ماله، فللقاضي الحجرُ عليه، وبيعُ ماله في حقهم.

فإن قيل: فلو كانت الديونُ مؤجلة؟ **قلنا**: لا؛ لأنَّه لا مطالبة في

(١) التفليس لغة: فلَّس بتشديد اللام، وأصله من الفلوس، قال النووي في «الروضة»: «التفليس في اللغة النداء على المفلس، وشهره بصفة الإفلاس. وأمَّا في الشرع، فقال الأئمة: المفلس: من عليه ديون لا يفي بها ماله، ومثل هذا الشخص يحجر عليه القاضي بالشرائط التي سنذكرها»، وفرق الماوردي بين التفليس والإفلاس، فقال: هو باب التفليس والفلس، وكره بعض أصحابنا أن يقال: باب الإفلاس؛ لأن الإفلاس مستعمل في الإعسار بعد يسار، والتفليس مستعمل في حَجْر الحاكم على المدين، فهو أليق. وقد خالف الإمام أبو حنيفة الجمهور في عدم الحجر بسبب الإفلاس.

يراجع: «لسان العرب»، و«القاموس المحيط»، مادة (فلس). ويراجع: «الروضة» (٤/ ١٢٧)، و«الحاوي» ط دار الكتب العلمية ببيروت، ويراجع لمزيد من التفصيل واختلاف الفقهاء في المسألة رسالتنا للدكتوراه: «مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة» ط دار البشائر الإسلامية ببيروت ١٩٨٥م (١/ ٥٤٦ ـ ٥٩٩)، ومصادره المعتمدة.

الحال، والصحيح أن الديونَ المؤجلةَ لا تحلُّ(١) بالحَجْر على المفلس ولا بالجنون، وإن كانت تحلُّ بالموت.

فإنْ قيل: فإنْ لم تكن الديونُ زائدةً على المال؟ **قلنا**: في المساوية(٢) للمال وجهان، وفي المقاربة للمساواة وهي ناقصة وجهان مرتبان.

وإن لم تُقارب؛ فلا حَجْرَ(٣)، بخلاف الميت؛ فإنَّ الورثة يمنعون عن التركة وإن لم يستغرقها(٤) الدينُ؛ نظرًا للميت.

فإن قيل: فَلو التمس بعضُ الغرماء؟ **قلنا**: إنْ زاد دَينه(٥) على قدر المال، أُجيب، وإن ساوى أو قارب؛ فعلى الخلاف.

ولو(٦) التمس المفلسُ بنفسهِ دون الغرماء؛ ففي إجابته وجهان، أشبههما بالحديث أنَّه يجاب؛ إذ حَجَر رسولُ الله ﷺ على معاذ بالتماسه(٧)،

---

(١) حل يحِل بالكسر: عندما يكون بمعنى الحلال، وبمعنى حلول الدَّين أيضًا. انظر: «المصباح» (١/ ١٦٠).

(٢) في (ق): «المساومة».

(٣) في (د) زيادة «عليه».
وقد فرق معظم فقهاء الشافعية في حالة المساواة بين كونه كسوبًا أم لا، فإن كان كسوبًا؛ فلا حجر، وإن لم يكن كسوبًا؛ **فوجهان**: **أصحهما** عند العراقيين: لا حجر. واختار الإمام الحجر. انظر: «الروضة» (٤/ ١٢٩).

(٤) في (د): «وإن لم تستغرق».

(٥) في (د): «دينهم» وكلاهما جائز لغويًّا.

(٦) في (د): «فلو».

(٧) هذا الحديث رواه الدارقطني، والحاكم، والبيهقي، ورواه ابن ماجه بمعناه، ورواه أبو داود في «المراسيل»، قال عبد الحق: المرسل أصح من المتصل، وقال ابن الطلاع في «الأحكام»: هو حديث ثابت.
انظر: «السنن الكبرى» (٦/ ٤٨)، و«السنن» لابن ماجه (٢/ ٧٨٩، و٣/ ٣٧)، و«نيل الأوطار» (٦/ ٤١٤). وراوي الحديث معاذ هو صحابي جليل معروف =

وأبو حنيفة لم يرَ هذا الحجر[١]، ومعتمدُنا حجره (عليه السَّلام) على معاذ، وقول عمر (رضي الله عنه) في خطبته: «ألا إنَّ الأُسَيْفَعَ[٢] ـ أسيفعَ جهينةَ ـ رضي من دينه وأمانته بأن يقال: سبق الحاج سبق الحاج[٣]، فادّان معرضًا فأصبحَ وقد رين[٤] به، وإنَّا بايعو ماله غدًا؛ فمن كان له عليه دين فليأتنا[٥]»؟.

ثم دين الغرماءِ ينقسم إلى: ما يكون عن ثمنِ مبيع والمبيع قائم، وإلى ما يكون من غيرهِ.



= بالعلم، والجهاد، والقضاء. ولد عام ٢٠ قبل الهجرة وتوفي عام ١٨هـ بالأردن. انظر ترجمته في: «الإصابة» (٣/ ٤٢٦)، و«طبقات ابن سعد» (٢/ ٣٤٧).

(١) ولم يرَ أبو حنيفة الحجر بسبب الدَّين؛ لأن في الحجر ـ في نظره ـ إهدارًا لأهليته، وآدميته، فلا يجوز لرفع ضرر خاص وهو المال، غير أنَّه إذا كان له مال يحبسه القاضي حتَّى يبيعه لدينه، وخالفه في ذلك صاحباه. حيث ذهبا إلى ما ذهب إليه الجمهور، ولكنهما قالا: إذا طلب غرماؤه الحجر على المدين المفلس حجر القاضي عليه.
انظر: «شرح العناية» مع تكملة «فتح القدير» (٧/ ٣٢٧)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ١٤٧)، و«العقود الدرية في تنقيح الفتاوي الحامدية» (٢/ ١٤٩).

(٢) في (ط، أ، ي): «أسيفع» والأُسيفع من السَّفعة، وهي سواد مشرب بحمرة، وهي هنا علم للشخص المذكور.
انظر: «المصباح المنير» (٢/ ٣٢٩).

(٣) في (د) لم يقع التكرار.

(٤) أي: أثقل عليه، والرين: التغطية، فيقال: رِين بالرجل إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه. انظر: «لسان العرب»، مادة (ران).

(٥) في (أ، ط، ي): «فليحضر»، وفي (د) بلفظ: «... دين فليأتنا غدًا فإنَّا بايعو ماله، وقاضو دَينه». وهذا الأثر رواه مالك، والبيهقي بسند منقطع، ورواه الدارقطني في غرائب مالك بإسناد متصل.
انظر: «السنن الكبرى» للبيهقي (٦/ ٤٩)، و«الموطأ» (٢/ ١٣٦).

القسم الأول من الكتاب

فيمَا إذا لم يكن عن[1] ثمن مبيع أو كان ولكن المبيع هالك

فالنظر في ثلاثة أحكام: في ما امتنع من التصرفات بالحجر، وفي بيع ماله، وفي حبسه.

الحكم الأول:
التصرفُ المحجور فيه

«وهو كلّ تصرف مبتدإٍ يصادفُ المال الموجود عند ضربِ الحجر عليه[2]».

وفيه[3] ثلاثة قيود:

*** الأول: «ما يصادفُ المال»:**

احترزنا به عن التصرف في البُضْع جلبًا بالنكاح وإزالة بالخلع، وفي الدَّم استيفاءً بالقصاص وإسقاطًا بالعفو، وفي النسب إثباتًا بالاستلحاق وإسقاطًا باللعان. وفي المال الجديد[4] باجتلابه باحتطاب

---

(١) في (أ، ط): «من».
(٢) «عليه» لم يرد في (د).
(٣) في (د): «ففيه».
(٤) في (د): «المحدد»، ولعله: «المجدد بالاجتلاب».

واحتشاش[١] أو اتّهاب أو قَبول وصية أو شراء على المذهب الأصح، فكل[٢] ذلك لا حجر فيه، وكذلك لو أقر بما يوجب عليه قصاصًا أو أرشًا قُبل منه ويؤخذ بالأرش بعد ذلك الحجر، لا من هذا المال[٣].

ولو أقر في عين مال بأنَّه مغصوب أو وديعة عنده. ذكر الشافعي في القديم قولين، ووجه القبول نَفْي التهمةِ، وكونهُ أهلًا للإقرار[٤].

فقال المحققون: يجبُ طردُ هذا في الإقرار بالدَّين حتَّى يُقْضى من المال مع سائر الغرماء أيضًا؛ لنفي التهمة، وإلّا فلا فرق.

أمَّا ما يصادفُ عين المال؛ كالعتق، والبيع، والهبة، والرهن، والكتابة؛ كلُّ ذلك فاسد، ولا يخُرَّج على عتق الراهن؛ لأنَّ هذا الحجر لم ينشأْ إلَّا للمنع من مثله مقصودًا، فإنّ في تنفيذه تضييعَ الحقوق.

ثم لو فَضُلَ العبدُ المعتَقُ أو المبيعُ، أو أُبرئَ[٥] عن الدَّين، ففي تنفيذ العتق قولان، وفي البيع قولان مرتبان، وأولى بأن لا يقبل الوقف.

ووجه التنفيذ أن البيعَ صدر من أهله، وصادفَ محله، وكنّا نظنه دافعًا لحقٍّ لا سبيل إلى دفعه، والآن تبيَّن أنَّه لم يحصل به دفع محذور[٦].

وفائدة[٧] هذا القول أنّا ما دمنا نجد سبيلًا إلى قضاء الدَّين من موضع

---

(١) في (د): «أو احتشاش».
(٢) في (أ): «وكل».
(٣) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٣٠).
(٤) يراجع: «مختصر المزني» هامش «الأم» (٢/ ٢٢٠)، و«الروضة» (٤/ ١٣٢).
(٥) في (أ): «أو أبراه».
(٦) يراجع: المصادر السابقة.
(٧) في (ق، د): «فائدة».

آخر؛ يفعلُ، فإن[١] لم نجد صرفنا إليه المبيع، ثُمَّ المكاتب، ثُمَّ المعتق؛ فنجعله آخرها، وهذا الترتيب مستحق على هذا القول.

*** القيد الثاني: قولنا: «المالُ الموجودُ عند ضرب الحجر»:**

احترزنا به عما تجدد باحتطاب أو وصية أو اتهاب أو شراء إذا صحَّحنا الشراء، ففي تعدي الحجر إليه[٢] وجهان[٣]: فمن قائل: المقصودُ الحجر عليه في نفسه[٤]؛ ومن قائل: المقصود الحجر في المال؛ وهذا لم يكن موجودًا. ثُمَّ إذا صححنا الشراء، فهل للبائع التعلق بعين المبيع، وقد أنشأ البيعَ في حال الحجر والإفلاس؟ فيه ثلاثة أوجه.

يفرق في الثالث بين أن يعلم إفلاسه أو لا يعلم.

والظاهر أنَّه إذا كان جاهلًا ثبت الخيار، **فإن قلنا**: لا يثبت الخيار؛ لأنَّ هذا الحجر لم يضرب لأجله، بل ضرب قبله؛ ففي الثمن وجهان:

أحدهما: يصبر ولا يضارب به[٥]؛ فإنَّه دَين جديد، والمال لا يصرف إلى دينٍ جديد.

والثاني: أنَّه يضارب؛ لأنَّه أدخل في ملكه شيئًا جديدًا بدَينه الجديد، وسائر الديون الجديدة من مهر نكاحه وضمانه وغيره، ولا يقضي من ماله إلَّا ما هو من مصلحة الحجر كأجرة الكيال والحمال، فإنَّها تقدم على سائر حقوق الغرماء.

---

(١) في (د): «وإن».
(٢) في (د): «إليها».
(٣) **الأصح** ـ كما في «الروضة» (٤/ ١٣٣) ـ: هو تعدي الحجر إلى ما تجدد بعده من اصطياد، أو اتهاب، أو قبول وصية.
(٤) «في نفسه» لم يرد في (د).
(٥) «به» لم يرد في (د).

*** القيد الثالث: قولنا[١]: «مبتدأ»:**

احترزنا به عن[٢] مسألتين:

إحداهما: أنَّه لو اشترى[٣] شيئًا ووجد به عيبًا، وكانت الغبطةُ في رده، فله ذلك، وليس للغرماء منعه؛ لأنَّ سبب استحقاقه قد سبق، ولو تعذَّر الردُّ بعيب حادث استحق الأرش، ولا ينفذ إبراؤه كما لا ينفذُ في سائرِ الديون؛ لأنَّه إبطال حق[٤] الغرماء، فأمكن[٥] رده، ولكنه مع العيب يساوي أضعاف الثمن فليس له الرَّد؛ لأنَّه تفويت من غير عوض.

وكذلك ليس للطفل الرد في مثل هذه الصورة[٦]. ثُمَّ لا يطالبُ بالأرشِ، فإنَّ الرد يمكن في حقه وإنَّما وقع الامتناع مع الإمكان للمصلحة.

الثانية: إذا اشترى بشرط الخيار ثلاثةَ أيام، فحجر عليه قبل مضيّ المدة؛ قال الشافعي: له الفسخ والإجازةُ دون إذن[٧] الغرماء[٨]؛ لأنَّه ليس بمستحدث.

فَمن الأصحاب من وافق هذا الإطلاق، ولم يشترط عليه رعاية الغبطة.

---

(١) «قولنا» لم يرد في (د).
(٢) في (د): «من».
(٣) في (د): «لو اشترى به شيئًا».
(٤) في (ق، د): «لحق».
(٥) في (ق): «وأمكن»، وفي (د): «ولو أمكن».
(٦) كذا أيضًا في (ق)، وفي (د): «ليس لولي الطفل في مثل هذه الصورة الرد».
(٧) «إذن» لم يرد في (د).
(٨) انظر: «الأم» (٣/ ١٧٦).

ومنهم من قال: يفرع على أقوال الملك؛ فحيثُ كان في الفسخ[(١)] أو الإجازة مزيلُ الملك، فلا يجوز إلّا بشرط الغبطة[(٢)]، كما في الردِّ بالعيبِ. وحيث يكونُ جالبُ ملكٍ لا مزيلًا[(٣)]؛ فلا حجر عليه، إذ ليس عليه الاكتسابُ والتحصيلُ.

ومن أطلق عَلَّل بأنَّ الملكَ لم يثبت بعدُ، فهو في حكم الابتداء، بخلاف الرد بالعيب.

*** فرعان:**

أحدهما[(٤)]: لو[(٥)] كان له على غيره دين، فأنكر، فردَّ اليمينَ عليه، فنكل أو كان له شاهد ولم يحلف[(٦)]؛ فليس للغريم أن يحلف؛ إذْ لا حق له على من عليه الدين، ونصَّ الشافعي على قولين في نكول الوارث: أنَّ الغريم هل يحلِّفُ؟ فمنهم من خَرَّجَ هاهنا قولًا.

ووجهه: أنَّه لا يبطل حقُّ الغريم بالإبراء، فكذا[(٧)] بالنكول، ومنهم من فرَّق بأن الوارث ليس يدَّعي الدَّين لنفسه، فهو والغريم سواء في أنهما يدَّعيان للميت، والميت عاجز. وأمَّا هاهنا، المستحق[(٨)] حي، فاليمين من غير المستحق مع نكوله بعيد، وكذلك[(٩)] الأصح أن الغرم هاهنا لا يبتدئ

---

(١) في (ق، د): «بالفسخ».
(٢) في (ق): «العلة»، وهو تصحيف.
(٣) في (ق): «لا مزيله».
(٤) في (ق): «الأول».
(٥) في (د): «أنَّه لو كان».
(٦) في (د): «ولم يحلف».
(٧) في (د): «وكذا».
(٨) في (د): «فالمستحق».
(٩) «وكذلك»، في (ق) ورقة ١٥٦/ السطر (٩) من تحت مشطوب عليه.

بالدعوى على إنسان بأن للمفلس عليه حقًّا[١]، بخلاف الميت، وقال الشيخ أبو محمد: إذا قلنا: يحلف؛ لا يبعد أن يدعي ابتداء[٢].

الثاني: لو أراد[٣] من عليه الدَّين سفرًا؛ مَنَعه من له دَينٌ حالٌّ، ومن له دين مؤجل؛ فلا، بلْ يلازمهُ إن أراد مطالبته[٤] عند حلول الأجل.

وفي سفر الغزو خلاف؛ لأنَّ المصير إلى الهلاك الذي هو سبب الحلول وهو بعيد.

ولو طلب صاحبُ الدَّين كفيلًا أو شهادةً؛ لم يلزمه. وفي لزوم الإشهاد وجه بعيد.

وفي سماع الدعوى بالدين المؤجل خلاف، وكذا بالدين الحالّ مع الاعتراف بالإفلاس، وكذا بالدين على العبد، وكذا دعوى المستولدة الاستيلاد قبل أن تعرض على البيع[٥].

الحكم الثاني:
بيعُ مالِ المفلس وقسمته[٦]

وللقاضي ذلك بشرط رعاية الغبطة والمصلحة، فيبيعُ بثمن المثلِ، ولا يسلم المبيع قبل قبض الثمن، ويبادر إلى بيع الحيوان، ولا يطول مدة الحجر، ويبيع بحضور[٧] المفلس، ....

---

(١) في (د): «حق».
(٢) يراجع: «الأم» (٣/ ١٧٧).
(٣) في (ق): «متى أراد».
(٤) في (ق): «فيطالبه».
(٥) في (د): «المستولدة على البيع قبل أن تعرض على البيع».
(٦) «وقسمته» لم يرد في (ق).
(٧) في (د): «بحضرة».

فهو[١] أبعد عن[٢] التهمة، وربما[٣] يطلع المفلس على زبون يشتري بزيادة ويجمع أثمان السلع لتقسم[٤] على نسبة الديون دفعةً واحدة.

فإنْ لم يصبروا؛ قسم كل ما يحصلُ.

ولا يكلف الغرماء حجة على أن لا غريم سواهم اكتفاءً بأنَّه لو كان لظهر مع استفاضة الحجر. فلو ظهر غريم بدَين قديم؛ لم ينقص القسمة، بل رجع[٥] على كلِّ غريم بما يقتضيه الترجيع[٦].

ولو خرج مبيع[٧] مستحقًا؛ رجع المشتري بالثمن على الغرماء ويقدم بمقداره، لا بطريق[٨] المضاربة، فإن بيع ماله من مصلحة الحجر، ولا يرغبُ الناس فيه ما لم يثقوا بضمان الدرك على الكمال. ثُمَّ لا يبيعُ جميعَ ماله، بل ينفق عليه من[٩] مدة الحجر، وعلى[١٠] زوجته، وأقاربه.

ويترك له عند البيعِ نفقة يومه وكذا لزوجته وأقاربه، ولم يلحق بالمفلس[١١] في إسقاط نفقة القريب عنه في هذه اليوم.

---

(١) في (ق): «فإنه».
(٢) في (د): «من».
(٣) في (د): «فربما».
(٤) في (ق): «فيقسم».
(٥) في (ق، د): «يرجع».
(٦) في (ق): «التوزيع»، وفي (د): «الحساب».
(٧) في (د): «المبيع».
(٨) في (ق): «لا بتقدير»، وبإزائه في الهامش: «لا بطريق».
(٩) في (ق، د): «في».
(١٠) في (ق): «على» من غير واو.
(١١) في (ق، د): «بالمعسر».

ويتركُ له دست ثوب[١] تليق بمنصبه حتَّى الطيلسان والخُف إنْ كان حَطّهُ عنه يخرق[٢] مروءته[٣]، وكذلك لو مات قدِّم تكفينه وتجهيزهُ؛ فإنَّه حاجةُ وقته. ثُمَّ، يقتصر على ثوب واحد، أم لا بدّ[٤] من ثلاثة أثواب؟ فيه خلاف ذكرناه في الجنائز، والمذهب أنَّه يباع مسكنهُ وخادمهُ، ونصَّ في الكفارات على أن يعدلَ إلى الصوم.

وإن وجد خادمًا ومسكنًا؛ فقيل: بطردِ المقولين نقلًا وتخريجًا. وقيل بالفرق من حيث إن حق الله[٥] على المساهلةِ، وأن الكفارة لها[٦] بدل، وقيل أيضًا: يباعُ الخادم دون المسكن.

ثم يقتصر على ما يليق به في المسكن، وما يترك إذا كان يشترى له إذا لم يكن[٧].

ثم لا يستكسب في أَداء الديون بإجارته، خلافًا لأحمد بن حنبل رحمه الله[٨]، وقال مالك: إذا[٩] كان مثله يؤاجر[١٠] نفسه كلّفَ ذلكَ.

---

(١) في (د): «ثياب».
(٢) في (ق): «يحرم».
(٣) في (د): «بمروءته».
(٤) في (د): «أو لا بدّ».
(٥) في (د): «حق الله تعالى مبني على».
(٦) في (ق): «لما».
(٧) في (ق): «في المسكن. ولا شك في أن ما لا يباع عليه إذا وجد يشترى له إذا لم يوجد، وما يترك إذا كان يشترى إذا لم يكن»، وفي (د): «في المسكن وما يترك له إذا كان موجودًا في يده يشترى له إذا لم يكن».
(٨) «ابن حنبل» لم يرد في (ق): وهذا إحدى روايتيه. انظر: «المغني» (٤/ ٣٣٤).
(٩) في (ق، د): «ان». يراجع لتفصيل هذه المسألة في: «الشرح الكبير مع الدسوقي» (٣/ ٣٠٦).
(١٠) في (ق): «يؤجر».

وفي إجارة مستولدته وجهان، وكذا[١] إجارة ما وقف عليه.

فإنْ قلنا: يفعلُ ذلك؛ فالحجر يدوم إلى الوفاء بتمام الديون؛ لأَنَّ ذلك لا مَرَدَّ له.

ثُمَّ إذا اعترف الغرماء بأن لا مال له سوى ما قسِّم، فهل ينفكُّ الحجر، أَم يحتاج إلى فكِّ القاضي خيفة غريم آخر يظهر[٢]؟! فيه وجهان.

وكذا الخلاف لو تطابقوا على رفع الحجر عنه[٣].

ومنه يتشعب خلاف في أنه لو لم يكن له[٤] إلَّا غريم واحد، فباع[٥] ماله منه بالدين الذي عليه.

قال صاحبُ «التلخيص»: يصح؛ إذ الحق لا يعدوهما، وفيه رفعُ الحجرِ؛ لسقوط الدَّين.

وقال أبو زيد: لا يصح؛ فربما يكون له غريم آخر[٦].

وقال الشيخ أبو علي: لو باع بإذن الغريم من أجنبي، أو باعه من الغريم لا بالدين؛ لم يصح وفاقًا؛ لأنَّه ليس فيه رفع الحجر. قال إمام الحرمين: يحتمل أن يقال: يصح[٧]؛ إذ الحق لا يعدوهما[٨].

---

(١) في (ق، د): «وكذلك» في الطهر رجاء.
(٢) في (د): «يطري».
(٣) لم يرد في (ق): «عنه».
(٤) لم يرد في (ق، د): «له».
(٥) في (ق): «فيباع»، وفي (د): «فباعه».
(٦) يراجع لتفصيل هذه المسألة في: «الروضة» (٤/ ١٤٥).
(٧) في (ق): «صح».
(٨) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٤٧).

الحكم الثالث:
حبسه إلى ثبوت إعساره

فإذا قُسِّم ما وجد من ماله، وبقي بعضُ الدَّين، أو ادَّعى على من لا مال له ظاهرًا، أو اعترف؛ فيحبس. فإنْ ظهر للقاضي عناده في إخفاء المال؛ يترقى[١] إلى تعزيره بما لا يزيد في كل نوبة على الحدّ.

* فإنْ أقام بيّنَةً على الإعسار[٢]؛ خُلِّي في الحال، وأُنظِر إلى ميسرة.

وقال أبو حنيفة: لا تسمع بيِّنة الإعسار إلَّا بعد مضي أربعين يومًا أو شهرين؛ في رواية[٣].

---

(١) في (د): «يتراقى».
(٢) في (د): «على الإعسار بينة».
(٣) حاصل المسألة عند الحنفية: هو أن المدين إذا امتنع، يحبسه القاضي في كل دين لزمه بدلًا عن مال حصل في يده كالقرض وثمن المبيع، أو التزمه بعقد كالمهر المعجل والكفالة، ولا يقبل قوله: إني فقير؛ في هذه الديون المذكورة. لكن يسمع في غيرها كأرش الجنايات. ثُمَّ إذا أثبت أن له مالًا؛ يحبسه القاضي فترة اختلفت الروايات عن أبي حنيفة في تقديرها، فروى محمد عنه تقديرها بشهرين أو ثلاثة، وروى بشهر وهو اختيار الطحاوي. وروى الحسن عنه التقدير بأربعة أشهر إلى ستة أشهر. وقال صاحب «الهداية»: والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه. ثُمَّ بعد هذه المدة ـ على اختلاف الروايات ـ إن لم يظهر له مال خلى سبيله. ولو قامت البيِّنة على إفلاسه؛ تُقبل في رواية، وفي رواية: لا تقبل، وعليها عامَّة المشايخ.
انظر المسألة وتفصيلاتها في: «الدر المختار مع حاشية ابن عابدين» (٥/ ٣٨٠)، و«شرح العناية على الهداية» (٥/ ٤٧٤).

ثُمَّ ليشهد من يختَبْر بواطن أحواله؛ فإنَّه يشهد على النفي، وإذا قال الشاهد: خبرت بواطن أحواله[١]؛ كفى ذلك، فإنَّه عدل؛ فيصدق فيه، كما في أصل الشهادة.

وكذا الشهادة على أن لا وارث سوى الحاضر، ثُمَّ للغريم أَن يحلفه مع الشاهد، فلعل له مالًا لا يطلع الشاهد عليه[٢]، فإن قال: لستُ أَطلبُ يمينَه؛ لم يحلَّفُ، وإنْ سكت؛ فالقاضي هل يُحلِّفهُ ثُمَّ يخليه من الحبس، أو[٣] يخليه دون التحليف؟ فيه وجهان، فمن قال: يحلفه؛ جعل ذلك من أدب[٤] القضاء.

* وأمَّا إذا عجز عن إقامةِ بيِّنة الإعسار، فإن عُهد له من قبلُ يسارٌ؛ فلا يغنيه إلَّا البيِّنة. وإن لم يعهد قطُّ موسرًا؛ **فثلاثة أوجه:**

أحدها: القول[٥] قولهُ؛ إذْ الأصل الفقر، واليسار طارئ.

والثاني: لا؛ إذ الغالب على الحُرِّ القدرة.

والثالث: أنَّ الدَّيْن إن لزمه باختياره، فالظاهر لم يلزم[٦] إلَّا مع القدرة. وإلَّا فالقول قوله[٧].

---

(١) في (ق): سقط من «ليشهد» إلى «بواطن أحواله».
(٢) في (ق): «عليه الشاهد».
(٣) في (ق، د): «أم».
(٤) في (ق): «آداب»، ومن (ب): «القاضي».
(٥) «القول» لم يرد في (ق).
(٦) في (د): «لم يلزمه».
(٧) انظر: «الروضة» (٤/١٣٨).

التفريع:

إنْ قلنا: القول قولهُ؛ فتقبل يمينه على البدار، وكان يحتمل هاهنا أن يوقف كما قال[١] أبو حنيفة في الشهود[٢].

وإن قلنا: لا يقبلُ؛ فلو كان غريبًا، فتخليدُ الحبس عليه إضرار، فللقاضي[٣] أنْ يوكل به شاهدين يستخبران[٤] عن منشئه ومولده ومنقلبه، ويحصل لهما غلبة ظن[٥] في إعساره بقرينة حاله، فيشهدان على الإعسار.

فرعٌ:

في حبس الوالدين في دين الولد وجهان:

أحدُهما: المنع؛ لأنَّه تعذيب وعقوبة، والولدُ لا يستحق عقوبةً على والديه[٦]، وهذا ضعيف؛ لأن المقصود منه الإرهاق إلى قضاء الحق[٧]، ومنعه يؤدي إلى أن يعترف الوالد بالدين، ويمتنع عن الأداء مع اليسار، ويعجز عن استيفائه[٨].

---

(١) في (ق): «قاله». جاء في «الروضة» (٤/ ١٣٨): «حيث قبلنا قوله مع يمينه فيقبل في الحال، قال الإمام: ويحتمل أن يتأنى القاضي ويسأل عن باطن حاله».

(٢) يراجع: «شرح العناية» (٥/ ٤٧٤)، و«حاشية ابن عابدين» (٥/ ٣٨٠).

(٣) في (ق): «وللقاضي».

(٤) في (ق): «ليخبران».

(٥) لم يرد «ظن» في (ق).

(٦) في (د): «والده».

(٧) في (ق): «الدين»، والمؤدى واحد.

(٨) جاء في «الروضة» (٤/ ١٣٩): «في حبس الوالدين بدَين الولد وجهان؛ **أصحهما** عند الغزالي: يحبس. **وأصحهما** في «التهذيب» وغيره: لا يحبس. ولا فرق بين دين النفقة وغيره، ولا بين الولد الصغير والكبير. وفي كتاب «الشهادات» قال: فرع: في جواز حبس الوالد بدين الولد **أوجه**، **الأصح**: المنع، قال الإمام: =

فإنْ قيل: يلازم(١) إلى أن يؤدي؟

قلنا: إنْ لم يمنع عن تردُّده في حاجاته مع الملازمة(٢)، فهو تعذيب للملازم، ولا يجدي شيئًا.

وإن منع عن التردد إلى أنْ يقضي الدَّين، فلا معنى للحبس إلَّا هذا، والسجَّان هو الملازِم.

❑ ❑ ❑

= وإليه صار معظم أئمتنا. **والثالث**: يحبس في نفقة ولده، ولا يحبس في ديونه. حكاه الإمام، واختاره ابن القاص. ويراجع: «الغاية القصوى» (١/ ٥١٦).

(١) في (ق): «يلازمه».

(٢) لم يرد «مع الملازمة» في (د).

القسم الثاني من الكتاب

فيما إذا كانت الديون لازمة في أَثمان السلع وهي قائمة

فللبائع الرجوع في عين متاعه؛ لقوله ﷺ[١]: «**من مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه**»[٢].

وقال أبو حنيفة (رحمه الله): لا يثبت الرجوع[٣].

وضبط المذهب: «أن يقدرَ استيفاءَ كمال العوض الحال المستحق في

---

(١) في (ق، د، ط، ي): «لما روي»، وما في (أ): أحسن.

(٢) الحديث بهذا اللفظ رواه الشافعي، وأحمد، وأبو داود، وابن ماجه، وصحَّحه الحاكم بسندهم عن أبي هريرة بلفظ: «قضى رسول الله ﷺ: **أيما رجل مات أو أفلس فصاحب...**». وله ألفاظ وطرق كثيرة منها:
ما روي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره**».
انظر الحديث برواياته في: «البخاري مع الفتح» (٥/ ٦٢)، و«البخاري بحاشية السندي» (٢/ ٥٨)، و«مسلم» (٣/ ١٩٩٣)، و«الموطأ» (ص٤٢٠)، و«أحمد» (٢/ ٢٢٨، ٢٥٨، ٤٦٨، ٥٢٥)، و«الترمذي مع التحفة» (٤/ ٤٧٥)، و«النسائي» (٧/ ٢٧٤)، و«الدارمي» (٢/ ١٧٧)، و«نيل الأوطار» (٦/ ٤١١)، و«مستدرك الحاكم على الصحيحين» (٢/ ٥٥)، و«السنن الكبرى» (٦/ ٤٦)، و«مسند الإمام الشافعي» على هامش «الأم» (٦/ ٢٥٣)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٣٨).

(٣) انظر: «الدر المختار مع حاشية ابن عابدين» (٥/ ٣٨٦)، و«شرح العناية» (٥/ ٤٧٨).

معاوضة محضة سابقة على الحجر، بسبب إفلاس المستحق عليه، يثبت الرجع على الفور إلى عين المعوض إذا كان قائمًا بحاله».

والضبط مقيد بقيود لا بدّ من بيانها:

* القيد الأول: التعذر[١]:

وهو مؤثر، فإنَّه لو قَدَرَ على استيفاء كمال الثمن بعد الإفلاس لتجدُّدِ مالٍ، أو لكون المال مساويًا للديون؛ فلا رجوع له.

ولو قال الغرماء: خذْ تمام الثمن، فنحن[٢] نقدمك به؛ يثبت[٣] الرجوع؛ لأنَّه ربَّما لا يتقلد مِنَّتَهُمْ، ويحذر ظهُورَ غريمٍ آخر لا يرضى به، فالتعذر حاصل[٤].

* أمَّا الحالُّ:

فقد احترزنا به عن المؤجل، فلا رجوع به؛ إذ الرجوع يبنى على تعذر الثمن، والتعذر ينبني على توجه الطلب، ولم يتوجه الطلب.

ومنهم من قال: يثبت الفسخُ، ولكن يُفْرَزُ المبيع، ويوقف إلى أن يَحِلَّ الأجلُ، فيسلم إليه ولا يفتقر إلى استئناف حجر بسببه.

وفيه وجه آخر: أنَّ الدينَ يحلُّ بالفلس، كما [يحلُّ][٥] بالموت والجنون، فهو كالديون الحالَّةِ. وهو بعيد[٦].

---

(١) التعذر المقصود به هنا: امتناع رد عين الأصل لمانع طارئ.

(٢) في (د، ب) زيادة «بعد الإفلاس».

(٣) في (د): «ثبت».

(٤) وانظر: «الروضة» (٤/ ١٤٨ ـ ١٤٩).

(٥) لم يرد «يحل» في (د، ط، ب).

(٦) جاء في هامش نسخة (ط): «ووقع في بعض النسخ المصحَّحة: «يحل بالفلس والجنون كما بالموت»، وهذا هو الصواب. وقد ذكر المصنف في أول باب =

ثم إذا قلنا: لا فسخ؛ فلو صرف المبيع إلى حقوق الغرماء؛ فلا كلام.

وإن[١] حلَّ الأجلُ قبل أَنْ يتفق[٢] الصرف إليهم؛ ففي ثبوت الفسخ الآن وجهان. والأصح، ثبوته كما لو حلَّ قبل الحجر.

وفي الفسخ إذا حل قبل الحجر وجه ضعيف: أنَّه لا يثبت، من حيث إن البيع لم يقتض حبس المبيع إذا كان الثمن مؤجلًا في العقد.

*** أمَّا قولنا: «المستحق في معاوضة محضة»:**

احترزنا به عن النكاح والخلع والصلح [عن دم العمد][٣]، فإن تعذر العوض فيه[٤] لا يوجب الفسخ، وحوينا به الإجارة والسَّلَم.

فإذا تعذر المسلَم فيه بإفلاس المسلَم إليه؛ رجع المسلم إلى رأس المال إن كان باقيًا [بعينه][٥]، وإلَّا ضارب بقيمة المسلم فيه، فما سلم له بالقسمة يُشترى به جنس حقه ويسلم إليه؛ إذ الاعتياض غير ممكن.

فلو سلم إليه مائة درهم، فصار يوجد المسلم فيه بكماله بعشرة لانخفاض الأسعار؟ فعلى وجه: يُشترى له بالعشرة كمال حقه، والباقي يسترده[٦].

= التفليس على الصواب، وما وقع في أكثر النسخ غلط من بعض النساخ يتعذر وقوعه من المصنف مع ذكره على الصواب قريبًا، والله أعلم».

(١) في (أ): «فإن».

(٢) في (ي): «ينفق».

(٣) الزيادة من (د، ب). ويراجع: «الروضة» (٤/ ١٤٩).

(٤) في (ق): «فيها».

(٥) الزيادة من (د).

(٦) في (د): «يسترد».

وعلى وجه: لا يسلم له كمالُ حقه، كما لم يسلم للباقين[(١)]، فيُقَدَّرُ كأن القيمة كانت كذلك حال[(٢)] القسمة، فما يفضل منه يرد إلى الباقين، وهو القياس.

وفي الإجارة، إذا أفلس المكتري بأجرة، فمصادفة المكري عين الدار، أو الدابة المكراة، كمصادفته عين ملكه؛ فيفسخ العقد فيه؛ لأن محل المنفعة قائم مقام المنفعة.

وفيه وجه: أن المنفعة ليست[(٣)] عينًا حتَّى يقال: وجد عين متاعه. وهو ضعيف[(٤)].

ثم إن كان مكتري الدابة في أثناء الطريق حيث أفلس، فلا يضيعه، بل ينقله إلى مأمن بأجرة المثل، ويقدم بها على الغرماء، ولا يلزمه النقل إلى مقصده[(٥)].

وكذلك لو كان أرضًا، فزرعها؛ فليس له قلع[(٦)] زرعه؛ بل يبقى الزرع بأجرة المثل، ويقدم بها على الغرماء؛ لأن فيه مصلحة مال الغرماء، وهو الزرعُ.

وليس[(٧)] كما لو باع الأرض ورجع فيها[(٨)] بعد زراعة المشتري، فإنَّه يلزمه تبقية الزرع بغير أجرة؛ لأنَّ المنفعة غير مقصودة في البيع،

---

(١) انظر: «الروضة» (٤/ ١٤٩، ١٥٠).
(٢) في (د): «حالة».
(٣) في (أ): «ليس».
(٤) انظر تفصيل ذلك في: «الروضة» (٤/ ١٥١ ـ ١٥٤).
(٥) وانظر المسألة في: «الروضة» (٤/ ١٥٣).
(٦) في (د): «قطع».
(٧) في (د): «فليس».
(٨) في (ق): «فيها بالفلس بعد».

بخلاف الإجارة.

وفيه أيضًا وجه منقول عن ابن سريج: أنَّه يطالب بالأجرة، كما لو بقي الغراسُ، والبناء[١].

أمَّا إذا أفلس المُكْري والإجارة واردة على عين الدابة أو الدار؛ فالمكتري يستوفي المنفعة؛ فإنَّ حقَّه تعلق بالعين، فيتقدم به ولا يتراخى عن المرتهن، ثُمَّ يباع في حق الغرماء في الحال، **إذا قلنا**: الإجارة لا تمنع البيع.

وإن قلنا: تمنع؛ فيؤخّر بيعه، كما يؤخر بيع المرهون.

أمَّا إذا أورد[٢] الإجارة في الدواب على الذمة؛ فليس له[٣] إلَّا الرجوع إلى أجرة إن كانت قائمة بعينها[٤]، أو المضاربة بقيمة المنفعة.

ثُمَّ إذا قلنا: إن حكمَ هذه الإجارة حكمُ السَّلَمِ؛ فلا يملك القيمة؛ لأنَّه اعتياضٌ؛ فَوجبَ أنْ يحصل بالقيمة من جنس المنفعة.

فإن[٥] كانت المنفعة لا تجزَّأ؛ كالقصارة في ثوب واحدٍ، وكالحمل إلى بلد يؤدي تقطيعه[٦] إلى أن يبقى في الطريق ضائعًا؛ فله الفسخ بهذا العذر؛ ليضارب بالأجرة[٧].

---

(١) انظر تفصيل المسألة في: «الروضة» (٤/ ١٥١ ـ ١٥٤).
(٢) في (د): «وردت».
(٣) «له» لم يرد في (د).
(٤) في (أ، ي، ب): «إن قام بعينها».
(٥) في (ق): «وان».
(٦) في (أ): «بقطيعه».
(٧) يراجع لتفصيل جيد مرتب في: «الروضة» (٤/ ١٥١ ـ ١٥٤).

*** أمَّا قولنا: «سابقة على الحجر»:**

احترزنا به[١] عمَّا يجري بسبب لزومه بعد الحجر، كما إذا باع من المفلس المحجور عليه في أنَّه هل يتعلق بعين متاعه؟ وقد ذكرنا ذلك.

وكذلك لو أفلس المكري والدار في يد المكتري، فانهدمت؛ ثبت له الرجوع إلى الأجرة.

وهل يزاحم بها الغرماء[٢]؟ **فيه وجهان:**

منهم من قال: لا؛ فإنَّه ديْن جديد.

ومنهم من قال: بلى، لأن[٣] سببه سابق وهو الإجارة.

وكذلك لو باع جارية بعبد، فتلفت الجارية في يد المفلس المحجور، فرد بائعها العبد بعيب[٤]؛ فله طلب قِيمةِ الجارية قطعًا؛ لأنَّه أدخل في **مقابلها[٥]** عبدًا في يد الغرماء.

ولكن هل يتقدم بالقيمة أم يضارب بها؟ ذكر القاضي[٦] **وجهين، والأصح:** المضاربة[٧].

---

(١) لم يرد «به» في (أ، ي).
(٢) في (ق): «على الغرماء».
(٣) لم يرد «بلى، لأن» في (أ).
(٤) «فتلفت الجارية. . . بعيب» ساقطة من (د).
(٥) في (د): «مقابلتها».
(٦) في (ق): «القاضي الحسين».
(٧) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٥٤).

*** أمَّا قولنا: «بسبب إفلاس المستحق عليه»:**

احترزنا به[١] عن الامتناع مع القدرة، فذاك لا يثبت الرجوع؛ لأن السلطان قادر[٢] على استيفائه، وليس[٣] التعذر محققًا.

وفيه وجه آخر[٤]: أنَّه يثبت، ولو كان بانقطاع جنس الثمن.

فإن جوَّزنا الاعتياض عنه؟ فلا تَعَذُّرَ[٥].

وإن منعنا؟ فيثبت الرجوع، لأنَّه تعذر محقق فكان في معنى الإفلاس، وهو كانقطاع المسلم فيه، فإنَّه يثبت الرجوع إلى رأس المال.

*** أمَّا قولنا: «يثبت الرجوع على الفور»:**

احترزنا به[٦] عن التأخير، وفيه وجهان:

أَحدهما: أنَّه يبطل به؛ كالرد بالعيب، فإنَّه لدفع[٧] ضرار.

والثاني: أنَّه على التراخي؛ لأنَّه نَتيجةُ توجُّه الطلبِ بالثمنِ، فما دام الطلبُ قائمًا كان الرجوعُ ثابتًا؛ كمطالبة المرأةِ في الإيلاءِ بالطلاق.

---

(١) «به» لم يرد في (د).
(٢) في (ق): «قائم».
(٣) في (د، ب): «فليس».
(٤) «آخر» لم يرد في (ق، د).
(٥) في (ق): «فلا تعذر للرجوع. . .».
(٦) في (أ): «فيه».
(٧) في (د): «يدفع به ضررًا».

*** أمَّا قولُنا: «إذا كان قائمًا»:**

احترزنا به عن الهالكِ والخارجِ عن ملكه، فإنَّه تعذَّر فيه، فلا يَبقى إلَّا المضاربةُ بالثمن؛ لأنَّه لا فائدة في الفسخ؛ إذْ لو أمكن تقديمُه بالقيمة لَقُدِّم بالثمن، وإذا[١] لم يكن بُدٌّ من المضاربةِ فالثمنُ أَولى ما يُضارب به.

وفيه وجه[٢]: أنَّه إذا كانت القيمةُ زائدةً على الثمن، فله الفسخُ ليضارب بها.

أمَّا إذا زال الملكُ ثُمَّ عاد، فهو مبنيٌّ على القولين في أنّه كالذي لم يَزُلْ، أو كالذي لم يَعُدْ، وإذا تعلق بالمبيع حقٌّ لازمٌ كالرهنِ والكتابة؛ فهو كفوات العين، ولكن لو كان وزال[٣] فلا أثر لما مضى فهو في الحال واجد عَيْن مالِه[٤].

*** أمَّا قولنا: «بحاله»:**

احترزنا به عن تَغَيُّرِ المبيع.

وهو مُقَسَّم إلى: التغيُّر بالنقصان، وإلى التغيُّر بالزيادة.

*** أمَّا النقصانُ:**

فَينقسم إلى: نقصانِ صفةٍ، ونقصان عينٍ.

---

(١) في (ط): «فإذا».
(٢) في (ق): «وجهان»، وفي (د، ط): «وجه آخر». ويراجع: «الروضة» (٤/ ١٥٥).
(٣) في (أ، ط): «فزال».
(٤) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٥٥، ١٥٦).

● **أمَّا نقصانُ الصفةِ:**

إنْ حصل بآفةٍ سماوية، فالبائع إمَّا أن يقنعَ بَعَيْبِهِ[١] أو يضاربَ[٢] بالثمن، كما لو تعيَّبَ المبيعُ في يد البائع قبل القبض.

وإنْ تعيَّب بجنايةِ أَجنبيٍّ فيرجع إلى الباقي ويضرب[٣] بقسطه من الثمن، ولا يطالب بالأرش، إذْ ربَّما يكون الأرش مثل[٤] القيمة بأن يكون الجاني قد قطع يديه فغرم كمال قيمته، وذلك يعتبر في حق المشتري دون البائع.

وإنْ كان بجناية المشتري؛ **فطريقان:**

منهم من قال: جنايتُه كجنايةِ الأجنبي.

ومنهم من قال: لا[٥]، بل كالآفة السماوية.

● **أما[٦] النقصانُ بفوات البعض:**

كما لو تلف أحد العبدين؛ يرجع إلى الباقي ويضارب بثمن التالف[٧].

وقيل: إنه إنْ أَراد الرجوعَ، فليأخذ[٨] الباقي بكل الثمن احترازًا عن تفريق الصفقة[٩].

---

(١) في (ي): «بعينه» بالنون، وهو أيضًا صحيح معنًى.
(٢) في (د): «أن يضارب مع الغرماء بالثمن».
(٣) في (ق): «نغرمه».
(٤) في (ق): «مبلغ القيمة».
(٥) «لا» لم ترد في (د).
(٦) في (د): «وأما».
(٧) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٥٧).
(٨) في (د): «فله أخذ».
(٩) في (أ): «صفقة».

ولو باع عبدين بمائة، وقبض خمسين، وتلف أحدُ العبدين وقيمتهما على التساوي؛ فالنَّصُّ[١] أَنه يرجع إلى الباقي، وَيُحصَر المقبوض في التالف.

وفيه قولٌ مخرَّج: أنَّا نشيعُ فنقولُ: يرجع إلى نصف العبد الباقي، ويضارب بنصف ثمن التالف، وما قبض موزع عليهما جميعًا[٢].

فرعٌ:

اشترى بعشرة دراهم عشرةَ أرطال زيتًا[٣]، وأَغلاه حتَّى عاد إلى ثمانية أَرطال، ورجعت القيمةُ إلى سبعة دراهم، فهو نقصانُ صفةٍ لزوال الثقل، أو نقصان عين لفواتِ بعضِ المعقودِ عليه؟ فيه[٤] وجهان.

*** أمَّا التغيير بالزيادة:**

فالزيادة تنقسم إلى ما حصلت[٥] من عينه، وإلى ما اتصل به من خارج.

• أمَّا الحاصلُ من عينه:

فما هو متصل من كلِّ وجهٍ؛ كالسِّمن وكبر الشجرةِ فلا حكم لها[٦]، ويسلَّم ذلك مجانًا للبائع، ولا أثر للزيادة المتصلة إلَّا في الصداق[٧].

---

(١) يراجع: «الأم» (٣/ ١٧٨)، و«مختصر المزني» (٢/ ٢٢٤).
(٢) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٥٧)، و«المهذب» (١/ ٣٢٤).
(٣) في (ق): وردت «بعشرة دراهم» بعد «زيتًا»، ولم ترد في (أ، ي)، وهي مفيدة في فهم العبارة.
(٤) في (ق) لم يرد «فيه». ويراجع: «الروضة» (٤/ ١٥٨).
(٥) في (ق، د، ط): «حصل»، وكلاهما جائز.
(٦) في (ق): «له»، وهو أيضًا جائز.
(٧) أمَّا الصداق: فإنَّ الزوج إذا طلق قبل الدخول؛ لا يرجع في النصف الزائد، إلَّا برضاها. «الروضة» (٤/ ١٥٩).

والمنفصلة من كل وجه؛ كالولد المنفصلِ، والثمرة[١] المنفصلة لا أَثر لها أيضًا[٢]، بل يُسلم للمشتري، ويرجع البائع إلى الأصل[٣].

وفي البذر[٤] إذا زرعه المشتري حتَّى نبت، والبيض إذا تفرَّخ في يده، والعصير إذا انقلب خمرًا ثُمَّ[٥] خلًّا: خلافٌ أنه يجعل كزيادة عَيْنية، كما في الغصبِ؟ أم[٦] يُجعل موجودًا متجددًا، ويقال: المبيعُ قد عُدِم وهذا غيره؟[٧].

• **أمَّا الزيادةُ المتصلةُ من وجه دون وجه فهو الحمل**[٨]:

فإن كان مجتنًا عند البيعِ والرجوعِ؛ التحق بالسمن. وإن كان مجتنًا حالة البيع منفصلًا حالة[٩] الرجوع؛ **فقولان**:

---

(١) في (د، ط): «أو الثمرة».
(٢) لم يرد في (ق) «أيضًا».
(٣) يراجع لتفصيل ذلك في: «الروضة» (٤/ ١٥٩، ١٦٠).
(٤) في (ط) زيادة: «أيضًا».
(٥) في (د): زيادة «انقلب»، ولا حاجة إليها إضافة إلى أن الصحيح «انقلبت»؛ لأن الضمير راجع إلى (الخَمر) وهي مؤنث.
(٦) في (ق): «أو».
(٧) قال النووي في «الروضة» (٤/ ١٦٠): «**فوجهان: أصحهما** عند العراقيين وصاحب «التهذيب»: يرجع فيه؛ لأنَّه حدث من عين ماله، أو هو عين ماله اكتسب صفة أخرى فأشبه الوَديَّ (صغار النخل) إذا صار نخلًا. **والثاني**: ليس له الرجوع؛ لأن المبيع هلك وهذا شيء جديد استجد اسمًا.
(٨) في (ق): «كالحمل»، وجاء في «الروضة» (٤/ ١٦٠): «. . . الزيادات المتصلة من وجه دون وجه كالحمل، فإن حدث بعد الشراء وانفصل قبل الرجوع، فحكمه ما سبق في الضرب الثاني»، وهو أن الزوائد تبقى للمفلس.
(٩) في (ق): «حال» في الحالتين.

أحدُهما: أَنه يسلم المشتري؛ لأنها زيادة حدثت[1] بالانفصال، ولا حكمَ لوجوده قبله.

والثاني: أَن الحمل كان موجودًا، وإنَّما الانفصالُ نمو وتغيُّرُ حالٍ.

وإنْ كانت[2] حائلًا عند البيع وحاملًا عند الرجوع، فالظاهر أنَّ الحمل يتبعُ في الرجوع كما في البيع.

وفيه وجه أَنه يبقى على ملك المشتري؛ لأَنَّه زيادة حادثة على ملكه، والثمرةُ ما دامت غير مؤبرة، فهي كالحمل[3] المجتن، ولكن الثمرة أَولى بأن يُعطى لها حكمُ الاستقلال.

● **فروع أربعة**[4]:

ـ **الأول**: إذا كان الولدُ منفصلًا، ففي رجوعه[5] في الأم دون الولد تفريق بينهما؛ **ففيه**[6] **وجهان**:

أحدُهما: أَنه مخير[7] بين المضاربة بالثمن، أو أن يبذل قيمة الولد ليرجع في عين الأم، فإن لم يبذل؛ فهو كالفاقد عين ماله؛ إذ تعلق به حق لازم للولد ليس يمكنه[8] قطعه عنه[9].

---

(١) في (ق): «حصلت».
(٢) في (أ، ي): «كان».
(٣) في (ق): «فهو كالحمل».
(٤) «أربعة» لم ترد في (ق، ي).
(٥) في (د): «الرجوع».
(٦) في (د): «وفيه».
(٧) في (د): «يخير».
(٨) في (ق): «يمكن».
(٩) «عنه» لم يرد في (ق).

والثاني: أَنَّه لا يجعل به فاقدًا، بل تباع الأمُّ والولد، ويُخصص بقيمة الأم[١].

ـ **الثاني**[٢]: إذا قال البائع: رجعتُ في الأشجار المبيعة قبل التأبير فترجع الثمارُ إليَّ؛ وكذبه المفلس؛ فالقولُ قولُهُ؛ إذ الأصل استمرارُ ملكِ المفلس.

فإن صدَّقه الغرماء لم يقبل قولهم على المفلس، وللمفلس أن يأخذ الثمارَ ويجبرهم على القبول من جهةِ دينه. فإن أَبوا، أو زعموا أنَّه حرام؛ لم يمكنوا منه[٣]، بل عليهم القبول أو الإبراءُ.

ثم إن قبلوا فللبائع الاسترداد منهم مؤاخذةً لهم بقولهم، وكذا السيِّدُ إذا حَمَلَ العبدُ[٤] إليه النجوم في الكتابةِ فقال: هو مغصوبٌ؛ لأنَّ قوله لا يقبل على المكاتب.

فلو قالوا: أَخذْنا[٥] حقوقنا؛ فله الإجبارُ؛ ليعجلَ فكّ الحجرِ عن نفسِه، فله فيه غرض.

فإن قالوا: فَكَكْنا الحجر؛ **وقلنا**: إنَّه ينفكُّ بفكِّهم؛ فينبني على أنَّ مستحقَّ الدَّين هل يجبر على القبول؟

ولو[٦] صدَّقه البعضُ وكذَّبه البعضُ؛ فَيصرفُ الثمرة إلى من صدق المفلسَ كيلا يُؤدي إلى الضرر، فإنَّ هذا ممكن.

---

(١) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٦٠).
(٢) في (أ): «والثاني».
(٣) «منه» لم يرد في (ق، د).
(٤) في (أ، ي، ق) لم يرد «العبد».
(٥) في (ق): «لو أخرنا».
(٦) في (ط): «فلو».

فلو كان للمصدق أَلف، وقد أخذ الثمرة بخمسمائة، وللمكذب أيضًا ألف، وبقي[١] من المال خمسمائة؛ فالصحيحُ أنَّه يقسم بينهما أثلاثًا.

وفيه وجهٌ أنَّ المصدِّق يقول: ما أَخذتَه فهو حرام بزعمك عَليَّ، فَأَلْفِي باقٍ بكماله بزعمك فَأُساويك. وهو ضعيف[٢].

● **الثالث**: إذا بقي الثمار للمشتري، فليس للبائع منعه من الإبقاء إلى أَوان الجذاذ، وكذا لا يقلعُ زرعهُ.

فلو[٣] قال المفلس: أَقلعُه لأقضي ديني بما تشتري به، وأَفُكُّ[٤] الحجرَ عن نفسي؛ فله ذلك؛ لأنَّه غرض صحيح، وإنْ كان الحجرُ لا ينفك[٥]؛ فهو ممنوع؛ لأَنه إضاعةُ مالٍ من غيرِ فائدةٍ.

● **الرابع**: أنه[٦] إذا كانَ الرجوعُ يقتضي عود الثمار إليه، ولكن كانت الثمارُ قد تلفت[٧]؛ فيرجع بحصةِ الثمارِ من الثمن مضاربةً[٨]، ويرجعُ في عينِ الشجرة، ويعرفُ حصته بالتوزيع على القيمة، ويعتبر في الثمرة أقل القيمة من يوم العقد إلى القبض[٩] تقليلًا للواجب عليه، [فإنَّه إن كان][١٠]

---

(١) في (أ، ي): «فبقى».
(٢) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٦٤).
(٣) في (ق، د): «ولو».
(٤) في (د): «فأفك».
(٥) في (د): «لا ينفك الحجر».
(٦) لم يرد في (د): «أنه».
(٧) في (ق): «كان... تلف» بالتذكير.
(٨) في (ط): «بالمضاربة».
(٩) في (ق): «يوم القبض».
(١٠) في (د): «فإن كان».

يومُ القبض أَقلَّ فلم[1] يدخل ما تناوله العقد في ضمانه، وإن كانَ أكثر فهو زيادة على ملكه[2].

وفي الشجرة وجهان:

أحدهما: أنه[3] يعتبر أكثر القيمتين من العقد إلى القبض؛ لأنَّ فيه أيضًا تقليلَ الواجب على المشتري وعلته ما سبق[4].

والثاني[5] ذكره القاضي: أنَّه يعتبر الأقل؛ لأنَّه إنْ كان قيمتهُ يوم العقد أقلَّ، فما زاد بعده عاد إليه بعود الشجرة، فهي زيادة متصلة تُسَلَّمُ له[6] مجانًا، فلا تحتسبُ عليه.

وللزيادة[7] المتصلةِ مراتب: إنْ تلفت؛ لا يطلبُ البائع قيمتها. وإن بقيت؛ فاز بها البائعُ مجانًا، ولا يطالب بقيمتها[8]، وإنْ[9] كان بتقدير قيمته تختلف قيمةُ غيرِه، فهل يحتسب عليه[10]؟ فيه هذا الخلاف[11].

*** أمَّا الزيادة المتصلة بالمبيع من خارج، فثلاثة أقسام:**

عين محض، وأثرٌ محضٌ، وما هو عينٌ من وجه ووصف من وجه.

---

(١) في (د): «ولم».
(٢) في (ق): «زيادة حدثت على ملكه».
(٣) في (ق) لم يرد «أنه».
(٤) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٦٦).
(٥) في (د، ط): «وفيه وجه ثاني».
(٦) في (د) لم يَرد «له».
(٧) في (د): «ثم للزيادة».
(٨) في (أ): «بقيمته»، وفي (ي): «بقيمة».
(٩) في (ط): «فإن».
(١٠) في (ق) سقط «عليه».
(١١) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٦٦).

● **أمَّا العين المحض**: هو[1] أن يبني في الأرض أو يغرس فيها، فهو فيه **ثلاثة أقوال**[2]:

ـ **أحدها**: أن المتغير به كالمفقودِ؛ إذْ يؤدي رجوعه إلى الإضرار بالمشتري.

ـ **والثاني**: أنَّه واجد عين ماله، ولكن لا يرجع فيه، بل يباع ويفوز بقيمة الأرض دون البناء والغراس.

ـ **والأصح هو**[3] **الثالث**: أنَّه يرجع في عين الأرض، ويتخيَّر في الغراس بين أن يتملَّك ببدل، أو ينقص ويغرم الأرش، أو يبقى بأجرة، ورأيه في التعيين متبع. **هذا إذا كانت الزيادة قابلة للتمييز.**

فإن لم تقبل؛ كما لو خلط مكيلة زيت بمكيلة من عنده؟

فإن كان ما عنده أردأ، أو من جنسه؛ فالبائع يرجع إلى مكيلته[4]، ويقسم بينهما. وإن نقص وَصْفُهُ، فهو عيب حصل بفعل المشتري.

وإن كان ما عنده أجود؛ **فقولان**:

أحدهما: الرجوعُ، كالصورة الأولى.

الثاني: هو فاقد؛ لأنّ في رجوعه إضرارًا بالمشتري، أو تناقضًا[5] في كيفية الرجوع.

---

(١) في (د): «فهو»، ولا حاجة للفاء؛ لأن جواب أمَّا «فهو».
(٢) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٦٧ ـ ١٧٠)، و«المهذب» (١/ ٣٢٤)، و«الأم» (٣/ ١٧٨).
(٣) في (د): «وهو».
(٤) في (د): «فليرجع إلى مكيله».
(٥) في (د): «أو تناقض».

ومن الأصحاب من طرَّد قولًا في منع الرجوع في الخلط بالجنس. وهو خلاف النص[١].

فإن قلنا: يرجع؛ فقولان:

ـ **أحدهما**: أنّه يباعُ الجميعُ ويوزع عليهما على نسبة قيمة ملكيتهما.

ـ **الثاني**: أنَّه يقسم الزيت بنفسه على نسبة القيمة. حتَّى أنه[٢] لو كان مكيلةُ البائع تساوي درهمًا، ومكيلةُ المشتري درهمين؛ فللمشتري مكيلة وثلث، وللبائع ثلثا مكيلةٍ.

وهذا فيه محذور من باب الربا، وفي البيع اعتراف بالعجز عن الرجوع عن العين.

وطرَّد ابن سريج القولين في تفصيل الرجوع في الخلط بالأردأ.

وكان الشافعي (رضي الله عنه) يميل إلى صيانة جانب المشتري، ولا يبالي بنقصان في جانب البائع، وابن سريج يسوِّي بينهما[٣].

وإن خلط الزيت بالسيرج؛ فالصحيح أنَّه فاقد عين ملكه؛ لأنَّه انقلب الجنس به.

● **القسم الثاني: ما هو وصف من وجه وعين من وجه**: كما لو صَبَغَ الثوبَ من عنده، فإن لم يزد في قيمة الثوب؛ فإنَّ البائع يرجع بالثوب. وإنْ زادت القيمة؛ فهو شريك بالقدر الذي زاد؛ فإن كان قيمة الصبغ درهمًا، وقيمة الثوب عشرةً، فصار بالصبغ يساوي خمسة عشر؛ فللمشتري منه قدر درهم، وللبائع قدر عشرة، والأربعة حصلت بالصبغة على الثوب

---

(١) يراجع: «الأم» (٣/ ١٧٨)، و«مختصر المزني» (٢/ ٢٢١)، و«الروضة» (٤/ ١٦٩)، و«المهذب» (١/ ٣٢٦).

(٢) في (د) لم يرد «أنه».

(٣) يراجع: المصادر السابقة.

لا على الصبغ؛ لأن الصبغ تبع[١]، فينبني على أن الصبغة يسلك بها مسلك الأثر أم العين كما سيأتي[٢].

• **القسم الثالث: الأثر المحض**: كما لو طحن الحنطة، وراضَ الدابَّةَ، وقصر الثوب، وعَلَّم العبد حرفة؛ **ففيه قولان**:

- **أحدهما: أنَّ حكمَ العين، كما في الصبغ**، وقد سبق حكمه[٣].

- **والثاني: أنَّه أثر لا قيمة له**، كما إذا صدر من الغاصب في المغصوب. بخلاف الصبغ، فإنَّه عين، والفرق ظاهر من حيث إن عمل المشتري محترم، وقد حصل وصف[٤] يستأجر عليه بذل المال، فكان متقومًا. وفعل الغاصب عدوان لا يتقوم، بخلاف صبغه.

فعلى هذا يجعل القصارة كالصبغ، ويوزع الثمن عند بيع الثوب عليهما باعتبار قيمتهما، وإن تضاعفت القيمة؛ فيضاعف حق كل واحد منهما[٥]. وإن ارتفع قيمة الثوب دون القصارة؛ كان الزائدُ حقَّ البائع دون المشتري[٦].

فرعٌ:

لو استأجر أجيرًا للقصارة، وأفلس قبل أداء الأجرة والثوب؟

فإن قلنا: القصارةُ أثرٌ؛ فليس للأجير إلَّا المضاربة.

وإن قلنا: إنه عين؛ فله حق حبس الثوب.

---

(١) في (د): «أثر».
(٢) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٧٠)، و«المهذب» (١/ ٢٢٥).
(٣) لم يرد في (د): «حكمه».
(٤) في (أ): «وصفًا».
(٥) في (د) لم يرد «منهما».
(٦) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٧٠)، و«الأم» (٣/ ١٧٨).

وإن كان قيمة الثوب عشرةً، وقيمة القصارة خمسةً، والأجرة درهمًا[١]؛ فيختص البائع بعشرة، والأجير بدرهم، ويصرف أربعةٌ إلى الغرماء.

ولو كانت الأجرة خمسة، وقيمة القصارة درهمًا؛ فإنَّ البائع يختص بعشرة، وصرف الدرهم الزائد إلى الأجير، وله المضاربة بالأربعة الباقية ـ هذا[٢] نص الشافعي (رضي الله عنه)[٣] ـ، ولم يحكم بأن الأجير وجد عين متاعه، وهو القصارة، فيفسخ ويقنع بها، زادت القيمة أو نقصت.

ومن الأصحاب من قضى بذلك طردًا لقياسِ تنزيله منزلة العين، وهو[٤] خلاف النص، فإنّه لا يمكن إلحاقه بالعين من كل وجه.

ولكن لم يرَ الشافعي (رضي الله عنه) تعطيل حق المشتري. ولمحصله أيضًا حق حبس وثيقة فيه، وهو الأجير. فأمَّا أن يجعل عين سلعة حتَّى يفسخ العقد فيها؛ فهو بعيد.

❑❑❑

(١) في (أ، ي، ط): «درهم».
(٢) في (ي): «هكذا».
(٣) «الأم» (٣/ ١٧٨)، و«مختصر المزني» (٢/ ٢٢١).
(٤) في (د): «وهذا».



[٢٢]

كتابُ الحَجْر(١)

* أسباب الحَجْر خمسة:

الصِّبا، والجنونُ، والرِّقُّ، والفَلْسُ ـ وقد ذكرناها ـ؛ **والتبذير.**

---

(١) **الحَجْر لغة:** المنع والحظر، وجاز فيه ضَمُّ الحاء، وفتحها، وكسرها. والحجر بالكسر: العقل.
وفي الاصطلاح: عرَّفه الشافعية بأنَّه منع المالك عن التصرف إمَّا لعدم تأهله؛ لفقد العقل، أو نقصانه، أو لوجود مانع، وهو تعلق حق الغير إمَّا بذمته، أو بعين.
وعرَّفه **الحنفية:** بأنَّه المنع من أشياء مخصوصة بأوصاف مخصوصة.
وعرَّفه **المالكية:** بأنَّه صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته، أو تبرعه بزائد عن ثلث ماله.
وعرَّفه **الحنابلة:** بأنَّه منع مالك عن التصرف في ماله سواء كان المنع من قبل الشرع، أو من قبل الحاكم.
انظر: «لسان العرب»، و«القاموس المحيط»، مادة (حجر). ويراجع: «الغاية القصوى» (١/ ٥١٣)، و«الروضة» (٤/ ١٧٧)، و«الاختيار» (٢/ ١٣٣)، و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» (٣/ ٢٩٢)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٥٠٥).

وهو عبارةٌ عن صرف[١] المال إلى وجهٍ ليس فيه غرضٌ صحيح، دينيٌّ، أو دنيويٌّ.

وأبو حنيفةَ خالَفَنا[٢] في هذا الحجرِ وفي حجرِ المفلسِ[٣].

وفيه فصلان:

❑❑❑

(١) في (د، ط) زيادة: «الفسق مع»، وهي وإن كانت معتبرة في الحجر، لكن التعريف قد تضمَّنها. ويراجع: «روضة الطالبين» (٤/ ١٧٩)، ويراجع للمزيد من التفصيل: «مبدأ الرضا في العقود» (١/ ٣١٧).

(٢) في (د): «عن الفسق مع صرف».

(٣) ذهب أبو حنيفة (رحمه الله) إلى أنَّه لا يحجر على السفيه ما دام بلغ رشيدًا ثُمَّ جاءه السفه، أو بلغ خمسًا وعشرين سنة، أمَّا إذا بلغ سفيهًا، فيبقى الحجر عليه إلى أن يبلغ خمسًا وعشرين سنة، ثُمَّ يزول عنه الحجر ويرد إليه أمواله؛ لأن المال غادٍ ورائح، ومن بلغ هذا العمر يمكن أن يكون جدًّا، فكيف يحجر عليه؟!، وقد ردَّ جمهور الفقهاء عليه بالأدلة من الكتاب والسُّنَّة، وكذلك ذهب إلى عدم الحجر على المفلس.

هذا هو رأي الإمام، أمَّا صاحباه: فمع جمهور الفقهاء في الحجر على السفيه.

وأمَّا الحجر على المفلس الذي لا يفي ماله بديونه: فقد اختلف فيه الفقهاء على ثلاثة مذاهب:

١ ـ جمهور الفقهاء (المالكية، وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة، والشافعية، والحنابلة) ذهبوا إلى أن القاضي يحجر عليه إذا طلب الغرماء منه ذلك، ثُمَّ يبيع ماله ويوزعه بين الغرماء إذا امتنع المفلس بنفسه من بيعه وتقسيمه بينهم بشروط.

٢ ـ ذهب أبو حنيفة إلى أن الإفلاس ليس له أي أثر على تقييد التصرفات، أي لا يؤدي إلى الحجر بسببه.

٣ ـ ذهب الظاهرية إلى عدم الحجر عليه، ولكنهم قالوا: يباع عليه كل ما يوجد له من مال، ثُمَّ يوزع على الغرماء. =

الفَصْلُ الأوَّل

في السَّبب

وهو تبذير[١] يتصل تارة بالصِّبا، وتارةً يطرأ بعد البلوغ

* **فإن اتصل بالصِّبا** بأنْ[٢] بلغ الصَّبيُّ غير رشيد اطرد حَجْرُ الصَّبيِّ.

ويكفي لدوام الحجر أحدُ المعنيين، وهو: الفسق، أو الإسرافُ في المال؛ لأن كلَّ واحد ينافي اسم الرشد، وقد قال تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾[٣].

* **وإن طرأ بعد أنْ بلغَ رشيدًا؛ فلا**[٤] بدَّ من مجموع الأمرين.

ثُمَّ في عودِ الحجرِ، أو الحاجة إلى إعادةِ القاضي وجهان، أظهرهما: الحاجةُ إلى الإعادةِ، فإنَّه يُدركُ بضربٍ من الاجتهاد[٥].

= يراجع: «تكملة شرح فتح القدير على الهداية» (٧/ ٣١٤)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ١٤٧ ـ ١٥٣)، و«بداية المجتهد» (٢/ ٢٨٠)، و«الروضة» (٤/ ١٨٢)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٥١٨)، ويراجع للمزيد من التفصيل: «مبدأ الرضا في العقود» دراسة مقارنة (١/ ٣١٨ ـ ٣٤١، ٥٤٦ ـ ٥٩٩)، ومصادره المعتمدة.

(١) في(ق): «التبذير»، ولم يرد في (د، ط، ي).

(٢) في (أ): «فإن».

(٣) جزء من آية ٦ سورة النساء.

(٤) في (ي): «فمجرد التبذير لا يقتضي الحجر، بل لا بدّ».

(٥) وهذا هو رأي جمهور الفقهاء، منهم المالكية عدا ابن القاسم، والحنابلة، =

ولو طَرأ مجردُ الفسق، أو مجرد التبذير بأن يصرف المال إلى ملاذِّ الأطعمة على وجه لا يليق به؛ فلا يعود الحجرُ.

والمذهبُ أنَّه لا يعادُ الحجر[1]، بخلاف ما لو اتصل بالصِّبا؛ لأن الحجْر ثَمَّ[2] مُسْتيقنُ، فلا يرتفع إلَّا بيقين[3]، ولا يتيقن الرشدُ مع واحد

= وأبو يوسف من الحنفية إضافة إلى الشافعية على الصحيح، حيث ذهبوا إلى أن إعادة الحجر على السفيه المبذر تحتاج إلى حكم الحاكم؛ لأن السفه ممَّا يختلف في تقديره الناس، ويحتاج إلى اجتهاد، وعندئذٍ لا بدّ من اللجوء إلى القضاء؛ ليرفع الخلاف.

وخالف الجمهور في ذلك محمد بن الحسن الشيباني، وابن القاسم، ووجه للشافعية حيث قالوا: إن الحجر يثبت بمجرد ثبوت سفهه وتبذيره.

يراجع للتفصيل: «بدائع الصنائع» (٩/ ٤٤٧٢)، و«تكملة فتح القدير» (٧/ ٣١٤)، و«الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي» (٣/ ٢٩٧ ـ ٢٩٨)، و«الروضة» (٤/ ١٨٢)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٥١٩).

(١) سقط سهوًا في (د): «والمذهب أنَّه لا يعاد الحجر»، وأضيف بالهامش بعد التصحيح.
والمقصود بقوله هذا: أن الحجر لا يعود في هذه الحالة لا بذاته دون حكم الحاكم، ولا بحكم الحاكم. وهذا القول كان مثار نقاش من قبل الجمهور للشافعية واعتبروه ضعفًا في مسلكهم، وذلك لأن الفسق في نظر الشافعية موجب لإيقاع الحجر على الصبي حتَّى ولو بلغ عاقلًا، في حين لا يُعتبر من أسبابه إذا عاد بعد الرشد، لكن الشافعية ردوا عليهم بما ذكره الغزالي هنا.
والجمهور على أن الفسق من حيث هو ليس من أسباب الحجر، فالرشد هو صلاح في الدنيا والمال فقط دون الدين.
يراجع: «بدائع الصنائع» (٩/ ٤٤٦٧)، و«فتح الغفار بشرح المنار» (٣/ ١١٤)، و«التلويح على التوضيح» (٢/ ٣٨٠)، و«كشف الأسرار» للبزدوي (٤/ ٢٧٦)، و«بداية المجتهد» (٢/ ٢٧٩)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٥١٦)، ويراجع لمزيد من التفصيل: «مبدأ الرضا في العقود» (١/ ٣١٧).

(٢) «ثَمَّ» بفتح الثاء والميم المشددة بمعنى «هناك» للبعيد. وفي (د): «ثمة» مع التاء.

(٣) في (أ): «برفع»، وسقط من (د): «فلا يرتفع إلَّا بيقين».

من الأمرين، والإطلاق هاهنا متيقن، فلا يعادُ الحجرُ إلَّا بيقين.

وليس من الإسراف أولًا صرفُ المال إلى وجه الخيرات، فلا سَرفَ في الخير.

* ثُمَّ وليُّ المبذر والمجنون أبوه، أو جَدُّه إن اتصل الجنون أو التبذير(١) بالصِّبا.

وإن عاد بعد زوال ولاية الولي؛ **فوجهان**:

أحدهما: أنَّه من كان في حال الصغر(٢).

والثاني: أنَّه القاضي؛ لأنَّه صار مستقلًّا بنفسه، فلم يكن تَبعًا لأصله.

ومهما عرف رشده قبل البلوغ؛ انفك الحجر بمجرد البلوغ.

* وأسباب البلوغ أربعة:

*** أحدها: السن:**

وهو خمس عشرة سنة(٣) في الغلام والجارية. وقال أبو حنيفة: ثماني عشرة سنة، وفي رواية: اختصر من الجارية على سبع عشرة(٤).

---

(١) سقط «الجنون» في (د). وفي (أ): «والتبذير».

(٢) أي: أنَّه إذا كان وليه في حال الصغر أباه، أو جده؛ فيكفي كما هو، وإن كان القاضي فكذلك. وفي (ب): «حالة» وكلاهما جائز.

(٣) في (ب): «خمسة عشرة»، وهو خطأ.

(٤) هذه إحدى الروايات عنه، وفي رواية مع الجمهور، وفي ثالثة إلى تقدير سنّ الذكر تسع عشرة سنة، وذهب المالكية إلى تقديره بثماني عشرة للذكر والأنثى، وذهب الجمهور: الشافعية، والحنابلة، وصاحبا أبي حنيفة إلى تقديره بخمس عشرة سنة للذكر والأنثى. وهو الراجح؛ لحديث ابن عمر قال: (عُرضت على النبي ﷺ يوم أُحُد في القتال وأنا ابن أربع عشرة سنة، فلم يجزني، وعُرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازني) متفق عليه. =

ومعتمَدنا ما روى الدارقطني أنَّه قال ﷺ[(١)]: «**إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ما له وما عليه، وأقيمت الحدود**»[(٢)].

* **الثاني: الاحتلام**:

ويصدَّق فيه الصبي؛ إذ[(٣)] لا يمكن المعرفةُ إلَّا بقوله.

وفي احتلام الصبية **وجهان**؛ لقاء خروج الماء[(٤)] منها في الغالب؛

= انظر: «شرح العناية مع تكملة فتح القدير» (٧/ ٣٢٣)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ١٥٣)، و«حاشية الدسوقي» (٤/ ٢٩٣)، و«شرح الخرشي» (٥/ ٢٩١)، و«القوانين الفقهية» (ص٢٧٥)، و«روضة الطالبين» (٤/ ١٧٨)، و«فتح العزيز» للرافعي بهامش «المجموع» (١٠/ ٢٧٧)، و«الغاية القصوى» (١/ ٥١٣)، و«المغني» (٤/ ٥٠٨)، و«الإنصاف» (٥/ ٣٢٠). ويراجع: «صحيح البخاري مع الفتح» (٥/ ٢٧٦)، و«مسلم» كتاب الإمارة (٣/ ١٤٩٠)، ويراجع: «مبدأ الرضا في العقود» (١/ ٢٨٧).

(١) في (ق، د، ب): «الدارقطني عنه عليه السَّلام أنه».
والدارقطني، هو: الحافظ الحجة علي بن عمر بن أحمد أبو الحسن الدارقطني، ولد سنة ٣٠٦هـ، وتوفي في الثامن من ذي القعدة عام ٣٨٥هـ، وقد انتهى إليه علم الأثر والمعرفة بعلل الحديث، وأسماء الرجال، وأحوال الرواة.
انظر ترجمته في: «تاريخ بغداد» (١٢ ـ ٣٤)، و«طبقات الفقهاء» للشيرازي (ص١٦٨).

(٢) ذكر الحافظ ابن حجر من «التلخيص» (٣/ ٤٢): أن هذا الحديث رواه البيهقي في الخلافيات بسند ضعيف، وذكره البيهقي في «السنن الكبرى»، عن قتادة، عن أنس بلا إسناد، وقال: إنه ضعيف.
وذكر الحافظ أن هذا الحديث لا يوجد في «سنن الدارقطني»، فلعله في كتبه الأخرى. والخلاصة: أن الحديث لا ينهض به حجة.

(٣) في (د): «لم».

(٤) في (د): «المنى».

فقيل: أقيم الحيض مقام ذلك في حقها.

ثم قال الأصحاب: إذا احتلمت ـ وإن لم يحكم ببلوغها ـ أمَرْناها[١] بالاغتسال كما نأمرها بالوضوء من الحدث، كما إذا احتلمت بعد البلوغ.

*** الثالث: الحيضُ في (حق)[٢] النساء.**

*** الرابع: إنبات العانة في حق صبيان الكفار.**

إذْ أَمَرَ رسولُ الله ﷺ بالكشف عن مؤتزرهم[٣]، وكان يقتلُ من أُنبِتَ منهم.

وفي تَعرُّفِ ذلك في (حقِّ)[٤] صبيان المسلمين خلافٌ.

والأظهرُ: أنَه[٥] لا يُتَّبَعُ؛ إذ هي أمارةٌ تَعَلَّقْنا بها للعجز عن معرفةِ سِنِّهم واحتلامِهم إلَّا بقولهم.

---

(١) في (أ، د، ط، ن): «أمرنا».

(٢) في (أ، ي) لم يرد «حق».

(٣) «مؤتزرهم» أي: عن عورتهم، «والحديث رواه أصحاب السنن عن عطية القرظي قال: عرضنا على النبي ﷺ يوم قريظة، وكان من أنبت الشعر قتل ومن لم ينبت خلي سبيله، فكنت ممن لم ينبت، فخلي سبيلي» وصححه الترمذي، وابن حبان، والحاكم وقال: على شرط الصحيح.
انظر: «سنن أبي داود مع العون» (١٢/ ٧٩)، و«النسائي» (٦/ ١٢٧)، و«الترمذي مع تحفة الأحوذي» (٥/ ٢٠٨)، و«ابن ماجه» (٢/ ٨٤٩)، و«الدارمي» (٢/ ١٤٢)، و«أحمد» (٤/ ٣١٠).

(٤) لم يرد «حق» في (أ، ق).

(٥) في (أ): «أن»، جاءَ في «الروضة» (٤/ ١٧٨)، «وهل هو ـ أي إنبات العانة ـ حقيقة البلوغ، أم دليله؟ قولان: **أظهرهما** الثاني، فإن قلنا بالأول؛ فهو بلوغ في المسلمين أيضًا، وإن قلنا بالثاني؛ فالأصح أنَّه ليس ببلوغ. ثُمَّ المعتبر شعر خشن يحتاج في إزالته إلى حلق»، وقال: ويجوز النظر إلى منبت عانة من احتجنا إلى معرفة بلوغه بها للضرورة، وهذا هو الصحيح».

ثم لا شكَّ أن بُقولَ[١] الوجهِ، وإنباتَ الإبِطِ أبلغُ في الدلالة[٢].

وأمَّا انفراقُ الأرنبة، ونهود الثدي[٣]، وثقل الصوت؛ فلا تعويل عليه[٤].

فرعٌ:

الخنثى إذا احتلم بِفرج الرِّجال، أو حاض بفرج النِّساءِ؛ لم يحكم ببلوغه للاحتمال[٥].

فإن اجتمع الأمران؛ **فَوَجْهان:**

أحدهما: لا؛ لتعارض الأمرِ في العلامة؛ إذْ كلٌّ واحدٍ أسْقَطَ حكمَ الآخر.

والثاني: أنَّه يُقضى ببلوغه، ويبقى الإشكالُ في الذكورة، والأنوثة[٦].

---

(١) المراد ببقول الوجه: خروج اللحية. انظر: «تهذيب الأسماء» (ق٢/ ١/ ٣١).

(٢) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٧٩).

(٣) أي: وجود انفراق في أرنبة الغلام، ونهود الثدي: أي ارتفاعه. «المصباح المنير»، و«القاموس المحيط»، مادة (نهد).

(٤) في (ق): «عليها»، باعتبار الأمور الثلاثة السابقة، والتذكير باعتبار كل واحد منها.

(٥) قطع الجمهور من أصحاب الشافعي بأنَّه ليس ببلوغ؛ لجواز أن يظهر من الفرج الآخر ما يعارضه. قال الرافعي: والحق ما قاله الإمام: أنَّه ينبغي أن يحكم ببلوغه بأحدهما كما يحكم بذكورته وأنوثته، ورجح النووي ذلك إذا تكرر، تبعًا لصاحب التتمة.
انظر: «الروضة» (٤/ ١٧٩ ـ ١٨٠).

(٦) رجح الشيخان الرافعي والنووي بلوغ الخنثى إذا خرج من ذكره ما هو بصفة المني، ومن فرجه ما هو بصفة الحيض، فقالا: «حكم ببلوغه على **الأصح**؛ لأنَّه ذكر أمنى، أو أنثى حاضت، **والثاني**: لا؛ للتعارض، ولكن الجمهور من الأصحاب على عدم البلوغ إذا وجد أحد هذين الأمرين. يراجع: «الروضة» (٤/ ١٧٩).

وينقدحُ ظاهرًا أَنْ يُحكمَ بالبلوغِ بأحدهما، كما يُحْكَمُ بالذكورة والأنوثةِ بأحدهما[١] بناءً على ظنٍّ غالبٍ، ثُمَّ يُنْقَضُ ذلك الظنُّ إنْ ظَهَرَ نَقيضُهُ[٢].

❑❑❑

(١) في (د، ب): «بأحادهما» في المكانين.

(٢) وهذا هو رأي إمام الحرمين حيث قال الرافعي: «والحق ما قاله الإمام: أنَّه ينبغي أن يحكم ببلوغه بأحدهما، كما يحكم بذكورته وأنوثته، ثُمَّ إن ظهر خلافه غيرنا الحكم».
انظر: «الروضة» (٤/ ١٧٩ ـ ١٨٠).

الفَصْلُ الثَّاني
فيما ينفذُ من التصرفاتِ وما لا ينفذُ

* **والضبط فيه:**

أن كلَّ ما[١] لا يدخلُ تحتَ حجر الوليّ في حق الصبيّ؛ كالطلاق، والظهار، والخلع، واستلحاق النسبِ، والإقرار بما يوجبُ القصاصَ أو الحدَّ، ممَّا لا يتعلقُ بالمالِ مقصودًا؛ فهو مستقل بهِ؛ لأنّه مكلفٌ، والمقتضي للحجرِ: صيانةُ مالِه، وذلك لا يقتضي الحجر في هذه التصرفات.

وما يتعلق بالمال يُنظرُ فيه: فما هو مَظِنَّةُ الضررِ، فهو مسلوبُ الاستقلال فيه؛ كالتبرعات، والبيع، والشراء، والإقرار بالدين.

ولو عيَّن له الوليُّ تصرفًا، أو وَكَّله أجنبيٌّ؛ ففي سلبِ عبارته خلافٌ.
والظاهرُ: صحةُ عبارته، كما في الطلاق وغيره.

وقيل: إنه مسلوب العبارة؛ لأن الحجر قد اطرد في المال، ولم[٢] يؤثر البلوغُ فيه، فكذلك[٣] في العبارةِ المتعلقة به.

ومنهم من قال: تصح عبارتهُ في النكاح دون الأموال. وعلى العبارة يُخرَّج قَبولُه الهبة والوصيةَ، فإنّه لا ضررَ فيه.

---

(١) في (د): «كل ما كان».
(٢) في (د): «فلم».
(٣) في (د): «وكذلك».

وأمَّا تدبيره وصيتهُ؛ ففيه قولان مرتبان على الصبي، وأولى بالنفوذ[١].

فروع ثلاثة:

* **أحدها**: لو أقرَّ بإتلافِ مالِ الغيرِ؛ ففيه[٢] **وجهان**:

القياسُ: المنعُ؛ كالصبيّ.

والثاني: أنّه يُقبلُ؛ لأنّه مكلفٌ قادرٌ على الإتلاف، فَلْيقدرْ على الإقرار[٣].

* **الثاني**: بيعُ الاختبار الذي يُبتَلى به الصبيُّ؛ الصحيحُ فساده إنْ جرى قبل البلوغ، وإنَّما المراد الامتحان بمقدمات البيع. ثُمَّ مهما امتُحن، فبلغ؛ انفكَّ الحجر بمجرد البلوغ، من غيرِ حاجة إلى إنشاء الفك، فلو بلغ غير رشيد، ثُمَّ صار رشيدًا؟

فالأظهَر: أنَّه ينفك أيضًا، من غير حاجة إلى إنشاء الفك.

* **الثالث**: لو أحرمَ بالحج؛ انعقد إحرامه.

ثم إنْ كان عن فرض الإسلام[٤]؛ هيَّأ الوليُّ أسبابه، وإلّا مَنَحهُ الزادَ والراحلةَ[٥].

---

(١) يراجع: «الروضة» (٤/ ١٨٤)، وفيه «الأصح: صحة اتهابه وبه قطع الجرجاني».

(٢) في (د): «فيه».

(٣) والراجح: الوجه الأول. جاء في «الروضة» (٤/ ١٨٥): «ولو أقر بإتلاف أو جناية توجب المال؛ لم يقبل على الأظهر؛ كدين المعاملة».

(٤) في (ب): «إسلامه».

(٥) أن لا يعطي له إلَّا الزاد والراحلة فقط.

جاءَ في «الروضة» (٤/١٨٦): «فإن أحرم بحج تطوع، وزاد ما يحتاج إليه في سفره على نفقته المعهودة، ولم يكن له في طريقه كسب يفي بتلك الزيادة؛ فللولي منعه، =

ثم فيه وجهان:

أحدهما: أنَّه كالمحصر؛ فيتحلَّل.

والآخر: أنَّه كالمفلس؛ لا يتحلل إلَّا بلقاء البيت.

[والله أعلم][١]...

❑❑❑

= ثُمَّ المذهب وبه قطع الأكثرون: أنَّه كالمحصر يتحلل بالصوم... **والثاني**: أن عجزه عن النفقة لا يلحقه بالمحصر، بل هو كالمفلس الفاقد للزاد والراحلة لا يتحلل إلَّا بلقاء البيت.

وإن لم يزد ما يحتاج إليه على النفقة المعهودة أو كان يكتسب في الطريق ما يفي بالزيادة؛ لم يمنعه الولي، بل ينفق عليه من ماله، ولم يسلمه إليه، بل إلى ثقة؛ لينفق عليه في الطريق».

(١) الزيادة من (د، ب، ي).



[٢٣]

كتابُ الصلح(١)

وفيه ثلاثة أبواب.

---

(١) **الصلح لغة**: اسم من المصالحة، وهي المسالمة بعد المحاربة. وأصله: من الصلاح: وهو استقامة الحال.

قال النووي: الصلح والإصلاح والمصالحة. والإصلاح: قطع المنازعة، مأخوذ من صلح الشيء ـ بفتح اللام وضمّها ـ إذا كمل، وهو خلاف الفساد، يقال: صالحته مصالحة وصلاحًا بكسر الصاد. ذكره الجوهري. «مختار الصحاح» (ص١٥٤)، تحرير «ألفاظ التنبيه» (ص٢٠١)، «لسان العرب» (٢/ ٥١٧).

الصلح شرعًا: اختلفت عبارات العلماء في تعريف الصلح شرعًا واصطلاحًا، ومفادها واحد، وقد عرّفه **الأحناف** بقولهم: «هو عبارة عن عقد برفع النزاع بين المتخاصمين»، وقيل: «هو عبارة عن اعتراف أحد بقبض واستيفاء حقه الذي هو في ذمة الآخر». «الحدود والأحكام الفقهية» (ص٨٩)، «أنيس الفقهاء» (ص٢٤٥)، «طلبة الطلبة» (ص٢٩٢)، «المجلة» (ص٢٩٨)، «البحر الرائق» (٧/ ٢٥٥).

أمّا المالكية: فلم أجد في كتبهم تعريفًا خاصًّا بالصلح، وإنّما بدؤوا في بيان مشروعيته وبيان أقسامه وفروعه.

وعرَّفه **الشافعية** بقولهم كما عبَّر عنه النووي: «هو العقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين». «الروضة» (٤/ ١٩٣).

وعرَّفه **الحنابلة**: «الصلح معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين». =

. . . .

❑❑❑

= «المغني» لابن قدامة (٤/ ٣٠٨)، ونحوه في «المطلع» (ص٢٥٠).
والأصل في جواز الصلح: الكتاب والسُّنَّة والإجماع.
أمَّا الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ٱقۡتَتَلُواْ فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَاۖ﴾ [سورة الحجرات، آية: ٩].
وأمَّا السُّنَّة: فما رواه البخاري في «صحيحه» أن رسول الله ﷺ قال حينما أخبر عن اقتتال أهل قباء: «**اذهبوا بنا نصلح بينهم**» (٢٦٩٣)، وقال ﷺ: «**الصلح جائز بين المسلمين إلَّا صلحًا أحلَّ حرامًا أو حرم حلالًا**» رواه الترمذي في «سننه» (١٣٥٢) وحسّنه، ورواه أيضًا أصحاب السنن.
وأمَّا الإجماع: «فقد أجمعت الأمة على جواز الصلح بين المسلمين وأهل الحرب، وبين أهل العدل وأهل البغي، وبين الزوجين عند خوف الشقاق».
«موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي» (٢/ ٧٠٤)، «تكملة المجموع» (١٣/ ٣٨٥)، «الحاوي» (٦/ ٣٦٦).

البابُ الأوَّل

في الصحيح والفاسد منه[١]

والصلح عند الشافعي (رحمه الله) ليس عقدًا مخالفًا للبيع، أو الهبة[٢]، ولكنه إن كان بمعاوضة؛ فهو بيع، يصحُّ بلفظ البيع، ويصحُّ البيع بلفظه.

*** واستثنى صاحب «التلخيص» الصُّلح عن أروش الجنايات، فقال:** لا يصح بلفظ البيع.

*** واستثنى بعض الأصحاب البيع ابتداءً من غير تقدّم خصومة، فقالوا:** لا يصح بلفظ الصلح، [ولا][٣] يُطلق لفظ الصلح إلَّا بعد [تقدّم][٤] خصومة، فلا يحسن أن يقال لصاحب المتاع: صالحني عن متاعك على كذا[٥].

أمَّا استثناء صاحب «التلخيص»، [فقد استدرك عليه][٦] الشيخ أبو علي[٧] وقال: هو بيع دين يجوز أن يستعمل فيه لفظ البيع، إن كان

---

(١) «منه» لم يرد في (د، ي، ط).
(٢) ورد في (ق): «أو للهبة»، وفي (د): «والهبة».
(٣) ورد في (د، ي): «فلا».
(٤) لم يرد في (أ) «تقدم»، وإنَّما أثبتناه من (د، ي، ط).
(٥) انظر لمزيد من التفصيل: «الروضة» (٤/ ١٩٤)، «الإقناع» (٢/ ٣٠٦).
(٦) الزيادة من (ق).
(٧) هو الشيخ أبو علي الحسين صالح بن خيران البغدادي الشافعي، الإمام شيخ الشافعية، عُرض عليه القضاء فلم يتقلده، توفّي (رحمه الله) يوم الثلاثاء في =

معلوم القدر والصفة(١).

ولا يجوز لفظ الصلح أيضًا إن كان مجهول القدر والصفة.

وإن كان معلوم القدر ومجهول الصفة كإبل الدِّيَة، ففي جواز بيعه بطريق الاعتياض عنه وجهان(٢): بلفظ الصلح والبيع جميعًا.

نعم إن(٣) قلنا: موجب العمد القول المحض، فالمصالحة عنه على مال جائزة(٤)، ولا يصح إطلاق لفظ البيع فيه.

= ذي الحجة سنة عشرين وثلاثمائة. هكذا قال الشيخ أبو إسحاق، وقال الدارقطني: توفي حدود العشر وثلاثمائة. قال الذهبي: الأول أصحّ. وجزم به النووي في «شرح المهذب».
«طبقات الفقهاء» للشيرازي (ص٢٠٠)، «سير أعلام النبلاء» (١٥/ ٥٨).

(١) قال النووي في «روضة الطالبين» وهو يوضّح كلام صاحب «التلخيص» وجمهور الفقهاء: قال صاحب «التلخيص»: لو صالح من أرش الموضحة على شيء معلوم؛ جاز إذا علم قدر أرشها، ولو باع؛ لم يجز. وخالفه الجمهور في افتراق اللفظين وقالوا: إن كان الأرش مجهولًا كالحكومة التي لم تقدر ولم تضبط؛ لم يصح الصلح عنه ولا بيعه، وإن كان معلوم القدر والصفة كالدراهم إذا ضبطت؛ صحّ الصلح عنها، وصحَّ بيعها ممن هي عليه.
«الروضة» (٤/ ١٩٣ _ ١٩٤)، «شرح الوجيز» (١٠/ ٢٩٦).

(٢) عبارة «شرح الوجيز» في المسألة توضح الوجهين بشكل أفضل، ونصُّه كما يلي: وإن كان معلوم القدر دون الصفة على الحد المعتبر في السلم كالإبل الواجبة في الدية؛ ففي جواب الاعتياض عنها بلفظ الصلح وبلفظ البيع جميعًا وجهان، ويقال: **قولان: أحدهما**: أنَّه يصح؛ كما لو اشترى عينًا ولم يعرف صفاتها. **وأظهرهما** فيما ذكر الشيخ أبو الفرج السرخسي: المنع؛ كما لو أسلم في شيء ولم يصفه، وهذا في الجراحة التي لا توجب القود، أمَّا في النفس أو فيما دونها؛ فالصلح عنها مبني على الخلاف في أن موجب العمد ماذا؟
«شرح الوجيز» (١٠/ ٢٩٦).

(٣) ورد في (د، ي، ط): «لو».

(٤) ورد في (د، ي، ط): «جائز».

وأمَّا استثناء الأصحاب ـ وهو إطلاق [لفظ الصلح ابتداءً أيضًا ـ؛ خالف فيه بعض الأصحاب وقال: إنه][١] جائز، فتحصَّلنا على وجهين.

*** الاستثناء الثالث: أن يصالح على بعض المُدّعى:**

فالظاهر صحته، وتكون هبة للبعض، فيؤدي معنى الهبة، ولفظ البيع لا يحصل فيه هذا الغرض، [فصلح][٢] الحطيطة[٣] بلفظ البيع باطل[٤].

ومن الأصحاب من حكى [عنه الشيخ أبو علي][٥] منع هذا، لأنَّه يُنبئ [عن][٦] المعاوضة، أعني لفظ الصلح، ولا معاوضة هاهنا[٧].

هذا إذا [صالح][٨] على عين.

[فإن][٩] صالح عن دَين؛ [نُظِر][١٠]: فإن صالح على دَين آخر؛ فلا بدّ

---

(١) ورد في (د): «لفظ الصلح أيضًا فيه خالف بعض الأصحاب أيضًا وأنه».

(٢) ورد في (د): «وصلح».

(٣) صلح الحطيطة: هو الصلح من الشيء على بعضه دَينًا كان أو عينًا، «حواشي الشرواني» (٤/ ٣٣٥)، وقال النووي: صلح الحطيطة هو الجاري على بعض العين المدَّعاة، كمن صالح من الدار المدَّعاة على نصفها أو ثلثها، أو من العبدين على أحدهما. «الروضة» (٤/ ١٩٣).

(٤) انظر: «روضة الطالبين» (٤/ ١٩٤)، «مغني المحتاج» (٢/ ١٧٨)، «الإقناع» للشربيني (٢/ ٣٠٦).

(٥) ورد في (د): «عن الشيخ أبي علي».

(٦) ورد في (د): «على».

(٧) قال الشربيني: «**والأصح**: صحته بلفظ الصلح، كصالحتك من الدار على ربعها؛ لأن الخاصية التي يفتقر إليها لفظ الصلح هي سبق الخصومة وقد حصلت. **والثاني**: لا يصح؛ لأن لفظ الصلح يتضمن المعاوضة ولا عوض هناك للمتروك، ومحال أن يقابل الإنسان ملكه بملكه». «مغني المحتاج» (٢/ ١٧٨).

(٨) ورد في (أ): «صلح»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ي، ط).

(٩) ورد في (أ): «وإن»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ي، ط).

(١٠) لم يرد في (أ)، والزيادة من (د، ي، ط)، وهو الصحيح.

من التسليم في المجلس، فإنَّه بيع كالئ بكالئ[١]. وإن صالح على عين وسلّم في المجلس؛ صحّ. وإن لم يسلّم؛ فالأظهر الصحة؛ لأنَّه عين، وفيه [وجه][٢] يجري ذلك في لفظ البيع.

[وصلح][٣] الحطيطة في الدَّين بمعنى الإبراء عن البعض صحيح، ولكن في افتقاره إلى القَبول خلاف، كما في الإبراء بلفظ الهبة.

* فرعٌ:

لو صالح من ألف حالٍّ على مؤجَّل؛ فهو باطل؛ لأنَّه وعدٌ محض لا يلزم، ومن المؤجل على الحال وعد من الجانب الآخر، وكذا من الصحيح على المكسر، ومن المكسر على الصحيح[٤].

ولو صالح من ألف صحيح على خمسمائة [مكسرة؛ كان إبراءً عن خمسمائة][٥]، ووعدًا [في][٦] الباقي، وكذا عن ألف حالٍّ على

(١) أي: بيع نسيئة بنسيئة، وهذا منهي عنه، بأن يقول: بعني ثوبًا في ذمتي بصفته كذا إلى شهر كذا بدينار مؤجل إلى وقت كذا؛ فيقول: قبلت. وهذا فاسد بلا خلاف، «المجموع» للنووي (٩/ ٤٠٠).

(٢) في (ق): «وجه آخر».

(٣) في (أ): «من صلح»، والصحيح ما أثبتناه من بقية النسخ الأخرى.

(٤) انظر: «روضة الطالبين» (٤/ ١٩٦)، وأوضح ممَّا ورد هنا ما جاء في «شرح الوجيز» حيث قال: ولو صالح من ألف حال على ألف مؤجل، أو من ألف مؤجل على ألف حالّ؛ فهو لاغ؛ لأنَّه في الصورة الأولى وعد من رب المال بإلحاق الأجل، وفي الثانيةَ من المديون بإسقاط الأجل، والأجل لا يلحق ولا يسقط. نعم، لو عجل من عليه المؤجل وقَبِلَه المستحق؛ سقط الأجل بما جرى من الإيفاء والاستيفاء. وكذلك الحكم في الصحيح والمكسر. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٠٠).

(٥) سقطت هذه العبارة من (أ)، وقد أثبتناها من النسخ الأخرى.

(٦) ورد في (أ): «من»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، ي، ط)، وفي (د): «وعدٍ في».

خمسمائة [مؤجّلة](١). [فأما](٢) عن ألف مؤجل على خمسمائة [حالة](٣)، أو عن ألف [مكسر](٤) على خمسمائة صحيحة؛ ففاسد؛ لأنَّه نزل عن قدر للحصول على وصف زائد، فهو فاسد، ولا يصح نزوله؛ إذ لم يسلم له ما طمع فيه.

ولو اعتاض عن ألفي درهم [عليه ألفًا](٥) وخمسين دينارًا؛ **فالأصح** صحته، ويجعل مستوفيًا [الألف](٦) ومعتاضًا عن الباقي خمسين دينارًا، وفيه [وجه](٧) أنَّه مسألة مُدّ عَجْوة(٨)؛ لأن لفظ الصلح للمعاوضة.

هذا كله في الصلح على الإقرار.

[فأما](٩) الصلح [على](١٠) الإنكار: فهو باطل عند الشافعي (رحمه الله) إن جرى مع المدَّعى عليه على عين أخرى(١١).

---

(١) ورد في (أ): «بلا مؤجلة»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، ي، ط)، بينما ورد في (د): «مؤجل» من غير (بلا).

(٢) ورد في (أ): «أما»، والأصح ما أثبتناه من النسخ الأخرى (ق، ي، ط).

(٣) ورد في (أ): «حال»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ي، ط).

(٤) ورد في (د): «مكسرة»، وكذلك في (ي، ط).

(٥) في (د): «له عليه ألف درهم».

(٦) في (ق، د، ي، ط): «للألف».

(٧) في (د): «وجه آخر».

(٨) مسألة «مُدّ عجوة» مرّت في كتاب «البيوع» من هذا الكتاب (٣/ ٤٤٤) ومفادها: أن الصفقة مهما اشتملت على مال الربا من الجانبين، واختلف الجنس من الجانبين، أو من أحدهما؛ فالبيع باطل، ولأجله يبطل بيع الهروي بالهروي، وبالنقرة، وبالنيسابوري، وكذلك بيع المعجونات والمخلوطات بعضها ببعض.

(٩) في (د، ط): «أما».

(١٠) في (ق): «عن».

(١١) انظر: «الأم» (٧/ ١١٢)، «إعانة الطالبين» (٣/ ٤٧)، «الروضة» (٤/ ١٩٨).

وفي صلح الحطيطة على الإنكار وجهان[١]**، ووجه الصحة أنَّه بمعنى** الهبة والإبراء، وذلك ليس يستدعي عوضًا، فإذا سلم [له][٢] البعض واتفقا على أنَّه ملكه؛ إذ يملكه بزعم المدّعى عليه بكونه هبة، وبزعم المدَّعي بكونه مستحقًّا، لم يبق إلَّا الخلاف في الجهة، وهذا كله إذا قال المدَّعى عليه: صالحني عن دعواك، أو صالحني مطلقًا.

فلو قال: بعني الدار؛ فهو إقرار[٣].

ولو قال: صالحني عن الدار؛ فهل يُجعل إقرارًا، ليصح الصلح على الإقرار؟ **فوجهان، الظاهر** أنَّه ليس بمقر[٤].

أمَّا الصلح على الإنكار مع الأجنبي[٥] [إن][٦] قال الأجنبي: هو مقر

---

(١) قال الإمام النووي وهو يشرح هذه المسألة: لو جرى الصلح على الإنكار على بعض العين المدَّعاة وهو صلح في العين؛ فوجهان: قال القفال: يصح؛ لأنهما متفقان على أن المدَّعي يستحق النصف؛ لأن المدعي يزعم استحقاق الجميع، والمدَّعى عليه يسلم النصف له بحكم هبته له وتسليمه إليه، فبقي الخلاف في جهة الاستحقاق، وقال الأكثرون: باطل، كما لو كان على غير المدعي. «روضة الطالبين» (٤/ ١٩٨، ١٩٩)، «مغني المحتاج» (٢/ ١٨١)، «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٠٢).

(٢) في (د): «إليه».

(٣) انظر لمزيد من التفصيل: «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٠١)، «روضة الطالبين» (٤/ ١٩٨).

(٤) كذا ذكره النووي في «الروضة» (٤/ ١٩٨)، والشربيني في «مغني المحتاج» (٢/ ١٨٠)، وانظر: «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٠٢).

(٥) انظر لمزيد من التفصيل في مسألة الصلح الجاري بين المدَّعي وأجنبي: «روضة الطالبين» (٤/ ١٩٩)، «إعانة الطالبين» (٣/ ٨٢)، «فتح الوهاب» (١/ ٣٥٦)، «منهج الطلاب» (ص٥١)، «مغني المحتاج» (٢/ ١٨١)، «منهاج الطالبين» (ص٦٠). «حاشية البجيرمي» (٣/ ٧).

(٦) ورد في (د): «إذا».

وأنا وكيله؛ صحّ؛ لتقارِّ المتعاقدين. وإن قال: هو منكر، ولكني أعرف أنك محق، وإنما أصالح [له][١]؛ فوجهان، [ينظر في أحدهما إلى إقرار متعاطي العقد، وفي الثاني إلى من يقع العقد له، فإن كان المدَّعى دَينًا؛ فوجهان][٢] مرتّبان، وأولى بالجواز؛ لأنَّه مستقل بقضاء دَين غيره دون قوله، فلا يؤثر [إنكاره فيه][٣].

فرعان:

أحدهما: لو قال الأجنبي: أنت محق وأنا [أشتريه][٤] بنفسي، فإني قادر على الانتزاع من يده؛ ففي شرائه **وجهان**، [**ووجه**][٥] **المنع**: أن الشرع يمنعه من الانتزاع، فإنَّ ظاهر اليد [يدل له][٦]، والعجز الشرعي كالعجز الحسّي.

[**الثاني**][٧]: إذا أسلم على [عشر][٨] نسوة ومات قبل البيان؛ فالميراث موقوف [بينهن][٩]، ويصح الاصطلاح على عين التركة، ويكون

---

(١) ورد في (أ) بغير «له»، وإنَّما أثبتناه من (ق، د، ط).
(٢) سقطت هذه العبارة من (أ)، وإنَّما أثبتناها من النسخ الأخرى.
(٣) ورد في (ق، د، ي، ط): «فيه إنكاره».
(٤) في (د): «اشتريت».
(٥) في (د، ط): «وجه» بواو واحدة.
(٦) في (د): «يدل على أن ذلك له».
(٧) الزيادة من (د، ط، ي)، وهو الصحيح.
(٨) ورد في (أ): «عشرة»، والأصح ما أثبتناه من (د، ط، ي)، وقد ورد في (ق): «عشرة» لكن يبدو أنَّه شطب على التاء.
(٩) ورد في (أ): «فيهن»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

التفاوت فيه [محمولًا][(١)] على المسامحة والهبة، وذلك محتمل ـ وإن كان مجهولًا ـ للضرورة[(٢)].

ولو جرى على غير التركة؛ لم يجز؛ لأن من أخذ عوضًا فلا بدّ وأن يثبت له ملك في معوض.

❑❑❑

(١) ورد في (أ): «محمول»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٢) انظر لمزيد من التفصيل: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٠٢)، «إعانة الطالبين» (٣/ ٨٣)، «الإقناع» للشربيني (٢/ ٣٠٥)، «مغني المحتاج» (٢/ ١٨٠).

الباب الثَّاني

في التزاحم على الأملاك

والنظرُ فيه يتعلق بالطرق[١]، والجدار الحائل بين المِلْكين، والسَّقف الحائل بين السفل والعلو[٢].

أمَّا الطرق والشوارع

فلا[٣] يتعلق بها إلَّا استحقاق الطُّروق، وهي المواضع[٤] التي أبقيت شوارع في البلاد والصحارى[٥]. ومبدأها في البلاد: أن يجعل الإنسان

(١) في (أ، ق): «الطريق».

(٢) في (د): «العلو والسفل».

(٣) في (أ،ط): «فالشوارع لا»، وما أثبتناه من (ق، د) وهو الأصح.
قال ابن الرفعة: بين الطريق والشارع عموم وخصوص مطلق، فالطريق عام في الصحارى والبنيان للنافذ وغيره، والشارع خاص في البنيان النافذ. يراجع: «نهاية المحتاج» (٤/ ٣٩٢).

(٤) في (د) لم يذكر «المواضع».

(٥) جاء في «الروضة» (٤/ ٢٠٥): (والأصل فيها ـ أي في الشوارع ـ الإباحة وجواز الانتفاع، إلّا فيما يقدح في مقصودها، وهو الاستطراق)، وجاء فيه أيضًا: (أنها منفكة عن الملك والاختصاص)، أي: أن الشوارع لا يملكها أحد، ولا يختص بها، وإنَّما هي على الإباحة للجميع.
* و«الطُّروق» بضم الطاء، هو هنا بمعنى السير، فيقال: الطريق المطروق.
وممَّا يذكر هنا أنَّه وقع تحريف في المطبوع (٤/ ٥٤)، حيث ذكره بلفظ (الطرق) ثُمَّ جعله معرفًا به، ثُمَّ جعل الباقي تكملة.
مع أنَّه في جميع النسخ العشر عندي بلفظ (الطروق) ويقصد به: أن الشوارع لا يتعلق =

ملك نفسه شوارع، أو يتفق الملاك في الأحياء على فتح أبواب الدور إلى صوب واحد(١).

فلو انفرد بالتصرف في الشوارع بفتح باب إليه لم يكن؛ جاز. وكذا لو أخرج جناحًا لا يضرّ بالمارة؛ لأن الهواء بقي على أصل الإباحة(٢).

= بها إلّا حقٌّ عام وهو حق المرور للجميع، فلا يتعلق بها ملك ولا اختصاص.
= وممَّا وقع في المطبوع من التحريف والخطأ: هو أن جميع النسخ العشر المتوافرة لدي جاء فيها: (لا يتعلق بها إلّا استحقاق)، فذكر في المطبوع: (لا يتعلق بها الاستحقاق)، ثُمَّ قال في هامش (٣): «في (أ): «إلا استحقاق»، وهو خطأ»! ولكن ــ مع الأسف الشديد ــ، فما ذكره هو الخطأ والتحريف والتغيير في النص.

(١) «واحد» لم يرد في بعض النسخ. وما أثبتناه من معظم النسخ هو الأصح، والمقصود هنا أن الموضع يصبح شارعًا لدى الفقهاء الشوافع بهذه الطرق:
إحداها: أن يجعل الشخص ملكه شارعًا وسبيلًا مسبَّلًا.
والثانية: أن تجيئ جماعة بلدة، أو قرية، ويتركوا مسلكًا نافذًا بين الدور والمساكن، ويفتحوا إليه الأبواب.
والثالثة: أن يصير موضع من الموات جادة يستطرقها الزقاق، فلا يجوز تغييره.
وقول المصنف: (ومبدأها)، أي: مبدأ الشوارع، أي: مبدأ مصير الموضع شارعًا، قال الإمام النووي في «الروضة» (٤/ ٢٠٦): (قال الإمام ــ أي إمام الحرمين ــ: ولا حاجة إلى لفظ: في مصير ما يجعل شارعًا، قال: وإذا وجدنا جادة مستطرقة، ومسلكًا مشروعًا نافذًا حكمنا باستحقاق الاستطراق فيه بظاهر الحال، ولم نلتفت إلى مبدأ مصيره شارعًا).

(٢) جاء في «الروضة» (٤/ ٢٠٦ ــ ٢٠٧) عند كلامه على الطريق الذي لا ينفذ: (والكلام فيها في ثلاثة أمور: الأول: إشراع الجناح فلا يجوز لغير أهل السكة بلا خلاف، ولا لهم على **الأصح** الذي قاله الأكثرون، إلّا برضاهم سواء تضرر أم لا، **والثاني**: وهو قول الشيخ أبي حامد ومن تابعه: (يجوز إذا لم يضر بالباقين، فإن أضر ورضي أهل السكة جاز. . .) إلخ.

والاختصاص بالأرض للشروع، فليرفع[1] الجناح إلى حيث لا يمنع المحمل مع الكنيسة.

وأبعد مبعدون فقالوا: إلى أن لا يمنع الرمح المنصوب في يد فارس.

وقال أبو حنيفة: وإن[2] فعل ذلك؛ فلآحاد المسلمين المنع. فإن لم يمنع؛ فله الاعتماد على السكوت[3].

أمَّا التصرف في أرض الشوارع بنصب دكّة، أو غرس شجرة حيث لا يضيق على المارّة؛ فيه وجهان.

قال القاضي: الشوارع كالموات فيما عدا الطُّروق، فلا يمنع إلّا بما يبطل الطُّروق.

وقال آخرون: بل تُعيّن الأرض للطُّروق، فلا تُصرف إلى غيره.

---

(١) في المطبوع «فليوضع»، وما أثبتناه من النسخ هو الأصح.
(٢) في (د): «فإن».
(٣) يرى الإمام أبو حنيفة: أنَّه إذا أشرع الرجل جناحًا على طريق نافذ؛ فله الانتفاع به ما لم يمنعه من ذلك أحد، أو يخاصمه فيه أحد، فإن منعه من ذلك أحد، أو خاصمه فيه؛ لم يَسعه الانتفاع به، وكان عليه نزعه.
والخلاف بين أبي حنيفة والجمهور: في أن المنع والهدم للجناح المذكور يكون للحاكم فقط عند الجمهور. وأمَّا عند أبي حنيفة: فيكون هذا الحق للأفراد أيضًا إذا لم تترتب عليه مفسدة أعظم، وذهب جمهور الحنابلة إلى عدم جواز إخراج جناح أو روشن أو ساباط على الشارع النافذ، سواء أذن الإمام أم لم يأذن، ضرّ أم لم يضرّ، بناءً على أن هذا التصرف في غير ملكه؛ فلم يجز؛ كبناء الدكّة.
يراجع للتفصيل: «فتح القدير» (٩/ ٢٤٠)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٦٨)، و«أسنى المطالب» (٢/ ٢١٩)، و«نهاية المحتاج» (٥/ ٣٩٧)، و«المغني» لابن قدامة (٤/ ٥٥١ _ ٥٥٢).

فالزقاق قد تتضايق فيؤدي إلى الضرر.

أمَّا السكة المنسدّة الأسفل[١] فهي كالشوارع عند العراقيين، وهو بعيد؛ إذ يلزم عليه أن يجوز أن يفتح إليها باب دار لم يكن، وفيه ضرر خاص، وتجويزه بعيد.

والمراوزة قالوا: هو ملك مشترك بين السكان[٢].

ومَن في أعلى السكة هل هو شريك فيما دون باب داره إلى أسفل السكة؟ فيه وجهان من حيث إنَّه قد يدور في جميع السكة لأغراضه.

فعلى هذا يمنع[٣] إحداث زيادة انتفاع لم يكن إلّا برضا الشركاء. فإن رضوا؛ فهو إعارة، ولهم الرجوع.

فمن فتح بابًا جديدًا أو أشرع[٤] جناحًا؛ فلمن تحته الاعتراض، وفيمن[٥] فوقه وجهان.

ولو سدّ الباب القديم، وفتح بابًا [جديدًا][٦] أقرب إلى الدَّرب[٧]؛ فلا يُمنع منه.

وإن ترك ذلك الباب؛ فوجهان، من حيث إنَّه قد تجتمع[٨] الدواب[٩]

---

(١) في (د): «السفل».
(٢) «روضة الطالبين» (٤/ ٢٠٥) وما بعدها.
(٣) ورد في (ق، ط، د): «يمتنع».
(٤) ورد في (د، ط): «شرع».
(٥) ورد في (ط، د): «ولمن»، والأولى ما أثبتناه.
(٦) الزيادة من (د، ط).
(٧) في (د، ط): «إلى باب الدرب».
(٨) في (ق، د، ط): «يجتمع».
(٩) في (ق): «للدواب».

والناس على الباب الآخر(١)، فكأنَّه زيادة انتفاع(٢).

وكذلك الخلاف إذا فتح إلى داره باب دار أخرى ملاصقة له، كان بابها إلى(٣) الشارع، فإنَّه يكاد يكون(٤) زيادة في الانتفاع، فأمَّا فتح الكوة للاستضاءة؛ فلا يُمنع منه.

أما(٥) الجدار الحائل

إن كان مِلْكَ واحد؛ فليس للآخر التصرُّف فيه إلّا بإذنه.

فإن استأذن(٦) في وضع جذع عليه؛ فليس عليه الإجابة [إن تَضرَّر](٧).

وإن لم يتضرَّر؛ **فالجديد**: أنَّه لا يجب، وهو القياس. **والقديم**: وجوبه؛ لقوله ﷺ: «**من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يمنعنَّ جاره من أن يضع خشبة على جداره**»(٨). ولعله تأكيد الاستحباب(٩).

---

(١) في (د): «الأخير»، ويراجع للتفصيل: «شرح الوجيز» (١٠/ ٣١٢ ـ ٣١٤)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٢٠٤).

(٢) في (د، ط): «في الانتفاع».

(٣) في (د، ط): «في».

(٤) في (د): «أن يكون»، بزيادة «أن».

(٥) في (د، ط): «وأما».

(٦) يراجع: «شرح الوجيز» (١٠/ ٣١٤)، «المجموع» (١٣/ ٤٠٥).

(٧) في (أ): «يتضرر».

(٨) لم أجده بهذا اللفظ، ولكن أصله موجود في «الصحيحين» بلفظ: «**لا يمنع جارٌ جاره أن يغرز خشبة في جداره**». «صحيح البخاري» كتاب المظالم والغصب (٢٤٦٣)، ورواه مسلم في «صحيحه» كتاب المساقاة (١٦٠٩) بلفظ: «**لا يمنع أحدكم جاره**...» إلخ. وقد رواه أحمد في «مسنده» نحو لفظ الكتاب مقتصرًا على الشطر الثاني من الحديث، وهو من قوله: «**لا يمنعنّ أحدكم**...» الحديث (٢/ ٢٧٤).

(٩) في (د، ي، ط): «للاستحباب»، هذا وقد نص النووي في «الروضة» (٤/ ٢١٢)، =

التفريع:

إذا لم نوجب[(١)]: فلو رضي؛ فهو إعارة، فلو انهدم الجدار؛ **فالظاهر** انفساخ الإعارة، فيفتقر إلى تجديد إذن في[(٢)] إعارتها، فإن رجع قبل الانهدام؛ فله ذلك، وفائدته التسلّط على النقض بشرط أن يغرّم الأرش؛ إذ [بني][(٣)] بإذنه.

وقال القاضي: **فائدته**: المطالبة بالأجرة في المستقبل، فإنَّ الطرف الآخر[(٤)] في الملك الخالص للمستعير، فلا يمكنه أن ينقض ذلك[(٥)].

أمَّا الجدار المشترك

فالنظر في الانتفاع والقسمة[(٦)] والعمارة.

*** أمَّا الانتفاع[(٧)]:**

فلا يجوز إلَّا بعد التراضي، كسائر الأملاك المشتركة. وأمَّا الاستناد

= أن الأظهر في المذهب هو القول الجديد، ونص على تصحيحه عدد من العلماء، وقطع به جماعة.

(١) وهو القول بالجديد. وانظر لمزيد من التفصيل: «روضة الطالبين» (٤/ ٢١٢).

(٢) «تجديد إذن في» سقط من (د).

(٣) ورد في (أ): «هي»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ي، ط).

(٤) «فإن الطرف الآخر» ساقط من (د).

(٥) انظر: «شرح الوجيز» (١٠/ ٣١٤).

(٦) ورد في (د): «وللقسمة».

(٧) قال الإمام النووي: فليس لأحد الشريكين أن يتد فيه وتدًا، أو يفتح فيه كوة، أو يترّب الكتاب بترابه بغير إذن شريكه.
وقال (رحمه الله): ويستثنى من الانتفاع ضربان: **أحدهما**: لو أراد أحدهما وضع الجذوع عليه؛ ففي إجبار شريكه القولان؛ كالجار، وأولى. **والثاني**: ما لا تقع فيه المضايقة من الانتفاعات، فلكل واحد منهما الاستقلال به؛ كالاستناد وإسناد =

إليه؛ ففي المنع منه تردد(١)؛ لأنَّه عناد محض.

❊ أمَّا القسمة:

[فجائزة](٢) بالتراضي في الطول والعرض جميعًا، ثُمَّ لا يتصرف كل واحد بما يضر بصاحبه(٣)؛ لأن الأملاك متلاصقة، ولا يجبر على قسمة الجدار في كل الطول ونصف العرض(٤)؛ لأنَّه لا يسلط على الانتفاع [بوضع](٥) الجذوع، [ولأن](٦) القرعة قد تخرج على نقيض المراد.

وصاحب «التقريب»(٧) قال: لا قرعة، بل يتعين لكل واحد جانبه.

أمَّا في جميع العرض وبعض الطول: فالإجبار عليه يبنى(٨) على

= المتاع إليه. «الروضة» (٤/ ٢١٣ ـ ٢١٤). وانظر كذلك: «مغني المحتاج» (٢/ ١٨٩)، «منهاج الطالبين» (ص٦١)، «شرح الوجيز» (١٠/ ٣١٨).

(١) ذكر النووي فيه وجهين في المذهب، وقال: **أصحهما**: أنَّه لا يمتنع. «الروضة» (٤/ ٢١٤). وقال الشربيني: وله أن يستند، وأن يُسند إليه متاعًا بحيث لا يضر، ولو منعه المالك؛ لأن منعه عناد محض، بل ادَّعى الإمام في المحصول الإجماع فيه. «مغني المحتاج» (٢/ ١٨٩).

(٢) ورد في (أ): «جائزة»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٣) في (د، ط): «صاحبه».

(٤) وقد وضّح الإمام النووي هذه القسمة بقوله: «فقسمته في كل الطول ونصف العرض أن يجعل لكل واحد نصف ذراع من العرض في طول عشرة أذرع، وقسمته بالعكس أن يجعل لكل واحد خمسة أذرع طولًا في عرض ذراع، «روضة الطالبين» (٤/ ٢١٤).

(٥) ورد في (أ): «بواضع»، والأصح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٦) ورد في (أ) «لأن» من غير واو، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٧) صاحب «التقريب»: هو الإمام أبو الحسن القاسم ابن الإمام أبي بكر محمد بن علي القفال الشاشي، وقد تقدمت ترجمته.

(٨) في (د): [سى].

المعنيين، فإنَّ الانتفاع يتعذر للاتصال[(١)]، ولكن القرعة لا تتعذر.

أمَّا الأساس: فلا مانع من الإجبار على قسمته، إلَّا أمر[(٢)] القرعة، وفي مذهب صاحب «التقريب» ما يدفع عسره[(٣)].

* **أمَّا العمارة:**

فإذا [استرمّ][(٤)] الجدار، فهل لأحد الشريكين أن يجبر الآخر على العمارة؟ فيه قولان:

[(٥)]**القديم**: [بلى؛ للمصلحة][(٦)] حذارًا من تعطيل الأملاك.

والجديد: لا؛ لأنَّه ربَّما يتضرر هو [(٧)] بصرف ماله إلى العمارة، إذا كان لا يتفرغ [له][(٨)]، فالضرر متقابل، وعلى هذا ليس له منع الشريك الآخر من الاستبداد بالعمارة؛ لأنَّه عناد محض[(٩)].

---

(١) في (د): «الاتصال».

(٢) ورد في (أ): «في أمر»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٣) انظر المسألة لمزيد من التفصيل: «روضة الطالبين» (٤/ ٢١٥)، «مغني المحتاج» (٢/ ١٨٩)، «شرح الوجيز» (١٠/ ٣١٨).

(٤) ورد في (أ): «التزم»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ق، ط، ي). وكلمة (استرمّ) أصلها من رمم، والرم: هو إصلاح الشيء الذي فسد بعضه، من نحو حبل يَبلى فترمّه، أو دار ترمّ شأنها مرمّة، واسترمّ الحائط: أي حان له أن يُرمّ، إذا بَعُد عهده بالتطيين. «لسان العرب» (١٢/ ٢٥١ ـ ٢٥٢)، «مختار الصحاح» (ص١٠٨).

(٥) ورد في (د): «أحدهما وهو»، وفي (ط): «أحدهما» من غير «وهو».

(٦) ورد في (أ): «على المصلحة»، والأولى ما أثبتناه من (ي، ط، د، ق).

(٧) في (د، ي): «وهو».

(٨) ورد في (أ): «لها»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ي، ط).

(٩) قال الإمام النووي (رحمه الله)، وهو يشرح القول القديم والجديد في المسألة مع بيان الراجح منهما في المذهب: قلت: (القائل هو النووي) لم يبيّن الإمام الرافعي الأظهر من القولين، وهو من المهمّات، والأظهر عند جمهور الأصحاب =

وكذا الخلاف في أن صاحب العلو هل له أن يجبر صاحب السفل على إعادته ليبني عليه علوه؟

ولا خلاف في أن لصاحب العلو الاستبداد [ببناء][١] السفل، وإن كان متصرفًا في ملك غيره؛ دفعًا للضرر[٢].

فروعٌ ثلاثة:

* **أحدها**: الجدار المشترك إن أعاده أحدهما بالنقض المشترك؛ عاد مشتركًا. فلو[٣] أعاد السفل [بالنقض الذي كان][٤]؛ عاد ملكًا لصاحب السفل. فلو هدمه بعد أن بناه؛ غرم له؛ لأنَّه دخل في ملكه مبنيًّا، ولصاحب السفل أن ينتفع به.

وكذا لو أعاد صاحب العلو بنقض نفسه، فلا يمنع صاحب السفل من السكون في ملكه، وإن أحاط به [جدران غيره][٥].

= هو **الجديد**، وممن صرّح بتصحيحه: المحاملي والجرجاني وصاحب «التنبيه» وغيرهم، وصحّح صاحب «الشامل» القديم، وأفتى به الشاشي، وقال الغزالي في «الفتاوى»: الأقيس أن يجبر. وقال: والاختيار إن ظهر للقاضي أن امتناعه مُضارَّة؛ أجبره، وإن كان لإعسار أو غرض صحيح أو شك فيه؛ لم يجبر.

وهذا التفصيل الذي قاله، وإن كان أرجح من إطلاق القول بالإجبار، فالمختار الجاري على القواعد أن لا إجبار مطلقًا، والله أعلم. «روضة الطالبين» (٤/ ٢١٦).

(١) ورد في (أ): «بناء»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط).

(٢) انظر: «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٢١).

(٣) ورد في (د، ي): «ولو».

(٤) ورد في (أ): «الذي كان ملكًا لصاحب السفل»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٥) ورد في (أ): «جدارًا من غيره»، والأولى ما أثبتناه من (د، ي، ط).

وقال[١] صاحب «التقريب»: له أن يمنعه منه إلى أن يغرم له القيمة، وهذا يليق بالقول القديم، [ثُمَّ على القول القديم لا يجبره][٢]، إلَّا على القدر الذي يخرجه عن كونه خرابًا ضائعًا. وللقاضي أن يستقرض عليه إن كان غائبًا، فالشريك[٣] لو استبد بالإنفاق دون إذن القاضي؛ ففي رجوعه **ثلاثة أوجه**، يفرق في **الثالث** بين أن لا يكون في البلد قاضٍ، فيكون معذورًا، أو يكون.

* **الثاني**: إذا[٤] أعاد أحد الشريكين الجدار بالنقض المشترك بشرط أن يكون [ثُلُثا][٥] الملك له[٦]؛ جاز. فكأنَّه جعل سدس النقض أجرة له على عمله.

ولو تعاونا[٧] وشرطا[٨] التفاوت؛ قال الأصحاب: لا يجوز؛ لأن النقض [متساوٍ والعمل متساوٍ][٩].

وله[١٠] وجه؛ إذ لأحدهما أن [يتبرَّع][١١] بالعمل على الآخر،

---

(١) في (د): «قال»، من غير واو.
(٢) ورد في (أ): «وعلى القديم لا يجبر»، وفي (ي): «ثُمَّ على القديم»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط).
(٣) ورد في (أ): «والشريك»، والأولى ما أثبتناه من (د، ي، ط).
(٤) في (د): «لو».
(٥) ورد في (أ): «ثلثي»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط).
(٦) في (د، ي): «له في النقض».
(٧) في (ي): «تفاوتا».
(٨) في (ق): «وشرط».
(٩) في (أ): «يتساوي والعمل يتساوي»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ق، ي، ط)، كما يوجد في (د) بعد «متساو»: «وحكى القفال وجهًا أنَّه يجوز».
(١٠) في (ط): «وفيه».
(١١) في (أ): «ينتزع»، ولعله تصحيف، والصحيح ما أثبتناه من (ي، ط).

ويبذل الآخر[١] على عمله الذي صادف ملكه عوضًا من النقض، وكل ذلك يجوز بشرط أن يملك النقض دون الجدار، فإنَّ ذلك يؤدي إلى تعليق الملك في العوض[٢].

* **الثالث**: من له حق إجراء الماء في أرض الغير، فليس عليه العمارة إذا [استرمّت][٣] الأرض، وكذا إن كان من جهة الماء على الظاهر[٤].

أمَّا السقف الحائل بين العلو والسفل

فلصاحب العلو الجلوس [عليه][٥]، ولصاحب السفل الاستظلال به، وإنَّما يتصور ذلك بأن يبيع صاحب السفل حق البناء على سطحه من غيره؛ فيبني الغير.

وقال المزني: هذا البيع باطل؛ إذ لا مبيع، وإنَّما هو إجارة، فليؤقت، وشبّه هذا بالاعتياض عن الجناح المشرع[٦] في دار الغير، فإنَّه ممنوع، والشافعي جوّز[٧] أن يباع حق الملك إذا كان مقصودًا؛ كعين[٨] الملك في حق الممرّ، ومجرى الماء ومسيله، وكذلك[٩] حق وضع الجذوع[١٠].

(١) في (ي، ط): «للآخر».
(٢) في (أ): «المعوض»، والأولى ما أثبتناه من (ي، ط، د).
(٣) ورد في (أ): «اعترمت»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ق، ي، ط).
(٤) في (د): «الظاهر من المذهب».
(٥) الزيادة من (د، ط، ي).
(٦) في (د، ط): «المشروع».
(٧) في (أ): «يجوّز»، والأولى ما أثبتناه من (د، ق، ي، ط).
(٨) في (د): «لعين».
(٩) في (د): «وكذا».
(١٠) في (ق، ي): «الجذع»، وفي (د): «الجدار».

فروع:

الأول: اختلفوا في أن هذا هل ينعقد بلفظ الإجارة مع ما فيه من التأبيد(١)؟

الثاني: يجب عليه أن يعلم موضع البناء وقدره، وأن اللبنات في الجدار منضدة أو متجافية الأجواف، ولا حاجة على الأظهر إلى ذكر الوزن، فلو باع حق البناء على الأرض؛ فلا يحتاج(٢) إلى ذكر [تنضيد](٣) اللبنات أيضًا؛ لأن الأرض لا تتأثر به.

الثالث: صاحب السفل إذا هدم السفل؛ غرم لصاحب العلو(٤) حق البناء، ولم(٥) ينفسخ؛ لأن حكم البيع غالب على هذا العقد. فإذا أعاد السفل؛ استرد ما غرمه؛ [إذ](٦) كان ذلك للحيلولة. وكذا الأجنبي يغرم في الحال ما يشتري به حق البناء، ثُمَّ يسترد عند إعادة السفل(٧).

❑ ❑ ❑

---

(١) قال النووي: ثُمَّ في حقيقة هذا العقد أوجه: **أحدها**: أنَّه بيع، ويملك المشتري به مواضع رؤوس الجذوع، **والثاني**: أنَّه إجارة، وإنَّما لم يشترط تقدير المدة، لأن العقد الوارد على المنفعة تتبع فيه الحاجة، فإذا اقتضت التأبيد أُبّد كالنكاح، وأصحّهما أنَّه ليس بيعًا ولا إجارة محضين، بل فيه شبههما لكونه منفعة، لكنها مؤبدة. «روضة الطالبين» (٤/ ٢٢٠)، كذا ذكره الإمام الرافعي في «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٢٦)، ونقل عن صاحب البيان: أن القول بالإجارة هو منسوب إلى ابن الصبّاغ.

(٢) في (د): «فلا حاجة».

(٣) ورد في (أ): «ينضد»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ق، ي، ط).

(٤) في (د، ط): «له».

(٥) في (د): «ولا».

(٦) ورد في (أ): «إذا»، والأولى ما أثبتناه من (د، ق، ط، ي).

(٧) انظر لمزيد من التفصيل: «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٢٦ ـ ٣٢٧)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٢٠).

الباب الثَّالث

في التنازع

وفيه [خمس مسائل][(١)]:

المسألة الأولى[(٢)]

إذا ادَّعى رجلان دارًا في يد ثالث، زعما أنهما شريكان [فيها][(٣)]، فصدّق أحدهما: [يساهمه][(٤)] المكذب في القدر الذي يسلم[(٥)] له إن ادعيا [عن][(٦)] جهة إرث.

وإن ادَّعيا عن جهة شراءين، أو هبتين، أو [جهتين][(٧)] مختلفتين؛ فلا يساهم.

وإن ادَّعيا عن جهة شراء واحد، أو هبة واحدة؛ **فوجهان:**

---

(١) ورد في (أ، ي): «مسائل خمسة»، وفي (ط): «مسائل خمس»، والأولى ما أثبتناه من (ق).
(٢) في (د): «الأولى» من غير «المسألة».
(٣) الزيادة من (د، ط)، وفي (ي): «فيه».
(٤) ورد في (أ): «ساهم»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ي، ط).
(٥) ورد في (أ): «سلم»، والأولى ما أثبتناه من (ي، ط).
(٦) ورد في (أ): «من»، والأولى ما أثبتناه من (د، ي، ط).
(٧) الزيادة من (د، ق، ط، ي).

أحدهما: [لا][١]؛ لأن الصفقة تتعدد بتعدّد المشتري[٢].

والثاني: بلى؛ لأن العقد اقتضى الملك في كل جزء على الشيوع.

وعلى هذا، يلتفت ما[٣] إذا باعا عبدًا مشتركًا، فأخذ أحدهما نصيبه من الثمن، هل يستبدُّ به؟ **أم يقال**: كل جزء من الثمن، فهو[٤] مشترك إلى القسمة[٥].

ولا خلاف أن كل جزء من النجوم في العبد المشترك [إذا كُوتب][٦] مشترك؛ لأن تنجيز العتق في نصيب أحدهما مُضر بالآخر.

الثانية

إذا[٧] ادعى رجل على رجلين دارًا في يدهما، فأقر أحدهما؟ ثبت

---

(١) الزيادة من (د، ق، ط، ي).

(٢) هذه قاعدة عند الشافعية نصّ عليها الفقهاء والأصوليون، يقول الزنجاني: «أن الصفقة تتعدّد بتعدّد المشتري عندنا، كما تتعدّد بتعدّد البائع، تسوية بين الإيجاب والقبول، حتَّى لو باع عينًا من اثنين وشرط لهما الخيار استقل كل واحد منهما بردّ نصيبه دون موافقة صاحبه عندنا، وكذا لو اطلعا على عيب قديم؛ جاز لأحدهما أن ينفرد بردّ نصيبه؛ لأنَّه انفرد بعقده، فينفرد بردّه، كما لو باع اثنان من واحد. . .». «تخريج الفروع على الأصول» (ص٢٠٢)، وقيل: أن الصفقة تتعدّد بتعدّد البائع قطعًا وجزمًا، وتتعدد بتعدّد المشتري على الأصح والأظهر.

(٣) في (د): «على ما».

(٤) في (د): «هو»، من غير الفاء.

(٥) ذكر الإمام الزركشي أن الراجح هو القول الأول، يعني له ذلك. «خبايا الزوايا» (ص٢٢٦)، وذكر الرافعي عن المزني: أنَّه لا ينفرد بأخذ شيء من الثمن. «شرح الوجيز» (٨/ ٢٨٧).

(٦) في (أ): «كونت»، ولعله تصحيف.

(٧) «إذا» لم يرد في (د، ي، ط)، وفي (ق): «إذا دعى».

نصيبه، فلو[١] صالحه على مال وأراد المنكر أخذه بالشفعة، فله ذلك، إن تعدد جهة ملكيهما[٢]، وإن كان عن جهة إرث فلا، لأنه بإنكاره كذبه في أصل الدعوى، فبطل الصلح بزعمه، وبقي الملك لشريكه، فهو مؤاخذ[٣] بقوله، وفيه وجه[٤].

الثالثة

إذا تنازعا جدارًا حائلًا بين ملكيهما فالظاهر أنه في يدهما، فيحكم بالشركة.

فلو اتصل طرف الجدار بجدار خالص، لأحدهما اتصال ترصيف[٥]، صار صاحب اليد، وكذلك لو كان على خشبة، أصل[٦] تلك الخشبة داخل

---

(١) في (د): «ولو».

(٢) ورد في (أ): «ملكهما»، والأولى ما أثبتناه من (ي).

(٣) ورد في (أ): «مواخذه»، والأولى ما أثبتناه من (د، ي، ط).

(٤) وقد رجّح الإمام النووي القول بصحة الأخذ بالشفعة، ونحوه الرافعي في «شرح الوجيز»: قال رحمه الله: وإن ملكها بسبب واحد من إرث أو شراء فوجهان: أحدهما: المنع، وأظهرهما: أن له الأخذ، لحكمنا في الظاهر بصحة الصلح، وانتقال الملك إلى المقر، ولا يبعد انتقال نصيب أحدهما إلى المدعي دون الأخر إن ملكاه بسبب واحد، وهذا الطريق هو الذي أورده الإمام والمصنف في «الوسيط» لكنهما جعلا أظهر الوجهين المنع...». «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٣٠). وانظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٢٣ ـ ٢٢٤).

(٥) الرّصف: ضمّ الشيء بعضه إلى بعض ونظمه، رصفه يرصفه رصفًا فارتصف وترصّف وتراصف، قال الليث: يقال للقائم إذا صفّ قدميه رصف قدميه وذلك إذا ضمّ إحداهما إلى الأخرى، ورصف الحجر يرصفه رصفًا: بناه فوصل بعضه ببعض. «لسان العرب» (٩/ ١١٩ ـ ١٢٠)، و«مختار الصحاح» (ص١٠٣)، و«الفائق» (٢/ ٦١).

(٦) في (د): «وأصل».

في خالص ملك أحدهما.

ولو كان لأحدهما عليه جذوع؟ لم تكن اليد له، خلافًا [لأبي حنيفة(١)](٢)، لأنه اختصاص بزيادة انتفاع، [فضاهى ما لو](٣) تنازعا دارًا هما(٤) فيها ولأحدهما [فيها](٥) أقمشة. وليس كما لو تنازعا دابة أخذ أحدهما لجامه(٦) والآخر راكب، فإنها في يد الراكب، إذ ليس ثمة(٧) علامة ظاهرة للاشتراك. وههنا كون الجدار حائلًا علامة ظاهرة للاشتراك، فلا يغير إلَّا بسبب ظاهر.

وكذلك لو كان معاقد [القمط](٨) أو الطاقات المرتبة أو الأطراف الصحيحة من اللبنات إلى أحد الجانبين فلا مبالاة بشيء من ذلك.

---

(١) في (أ، ي): «خلافًا له»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط).

(٢) قال السرخسي: وإذا كان الحائط بين دارين فادعاه صاحب كل واحد من الدارين، فإن كان لأحدهما عليه جذوع وليس للآخر عليه جذوع، فهو لصاحب الجذوع عندنا، وقال الشافعي: لا يستحق بوضع الجذوع ترجيحًا على صاحبه... ولنا أن واضع الجذوع مستعمل للحائط بوضع حمله عليه والاستعمال يده، وعند تعارض الدعوتين القول قول صاحب اليد. «المبسوط» (١٧/ ٨٧ ـ ٨٨)، و«الهداية» (٣/ ١٧٤).

(٣) في (أ): «تضاهى لماذا»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٤) في (د، ي): «وهما».

(٥) في (أ): «فيه»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٦) في (د): «لجامها»، وفي (ي): «بلجامه».

(٧) في (ق، ي، ط): «ثمَّ».

(٨) ورد في (أ): «لقط»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ق، ط، ي)، والقمط: شدّ كشدّ الصبي في المهد وفي غير المهد، إذا ضمّ أعضاؤه إلى جسده ثم لُفَّ عليه القماط. ومنه اسم ذلك الحبل القماط، والقماط حبل يشدّ به قوائم الشاة عند الذبح. «لسان العرب» (٧/ ٣٨٥)، و«مختار الصحاح» (ص٢٣٠)، و«النهاية في غريب الحديث» (٤/ ١٠٨).

* [فرع:

لو شهدت بينة لأحدهما بملك الجدار، وتنازعا في الأُسّ، فالمشهود له صار صاحب اليد في الأُس، إذ ليس الأُس حائلًا بين الملكين، حتى يقال: الاشتراك فيه ظاهر، بخلاف الجدار إذا كان عليه جذع](١).

الرابعة

تنازع صاحب العلو والسفل في السقف؛ فهو بينهما، لأنه حائل بين ملكيهما، وهو لأحدهما أرض، وللآخر سماء؛ وذلك إذا كان يمكن إحداثه بعد بناء العلو، بوضع أطراف الجذوع في ثقب الجدار. [فإن لم يمكن إلَّا قبل(٢)] بناء العلو، فهو متصل بالسفل اتصال ترصيف، فاليد لصاحب السفل(٣).

ثم إذا قضينا بالاشتراك ففي جواز التعليق لصاحب السفل [منه(٤)] **ثلاثة أوجه:**

أحدها: الجواز، مكافأة لصاحب العلو فإنه يستبد بالجلوس عليه.

والثاني: المنع، لأن ذلك القدر ضرورة في حقه.

والثالث: أنه إن افتقر إلى شق السقف بوتدٍ(٥) لم يجز، وإلَّا جاز له ذلك، فإنه حقيقة المكافأة على التساوي(٦).

---

(١) الزيادة من (د، ط، ي)، وانظر هذه المسألة في: «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٣٢).

(٢) في (أ): «فإن لم يكن الأسفل» ونحوه في (ق)، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٣) انظر لمزيد من التفصيل: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٢٦)، و«شرح الوجيز» (١٠/ ٣٣٢ ـ ٣٣٤).

(٤) ورد في (أ): «فيه»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٥) لم يرد في (د).

(٦) قال الإمام النووي: وأصحها يجوز مطلقًا على العادة، بلا فرق بين ما يحتاج إلى =

الخامسة

إذا كان علو الخان(١) لواحد وسفله للآخر، وتنازعا في العرصة(٢)؛ فإن كان [المرقى](٣) في أسفل الخان؛ فالعرصة في يدهما. وإن كان في وسطه(٤)؛ فالعرصة إلى المرقى في يدهما، وما تحته فيه وجهان(٥). وكذا لو كان في الدهليز. أمَّا إذا كان خارجًا؛ فالعرصة في يد صاحب السفل.

ولو تنازعا في نفس المرقى؛ فهو في يد صاحب العلو، إلَّا إذا كان تحته بيت لصاحب السفل ينتفع به؛ فهو سقف له، كما أنَّه مرقى لصاحب العلو، فهو في يدهما(٦).

❑ ❑ ❑

= وتد وغيره، قال الشيخ أبو محمد: فإن قلنا ليس له إثبات الوتد والتعليق فيه، فليس لصاحب العلو غرز الوتد في الوجه الذي يليه، وإن جوّزناه له ففي جوازه لصاحب العلو وجهان لندور حاجته بخلاف التعليق. «روضة الطالبين» (٤/ ٢١٩)، كذا قال الرافعي في «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٢٥).

(١) الخان: فارسي معرب، معناه: النزل أو الفندق، أو الحانوت، أو صاحب الحانوت. «مختار الصحاح» (ص٨١)، «لسان العرب» (١٣/ ١٤٦).

(٢) العرصة: كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء، والجمع: العِراص والعرصات، ومن أخواتها: القاحة، والباحة، والساحة.
انظر: «مختار الصحاح» (ص١٧٨)، «لسان العرب» (٧/ ٥٢).

(٣) في (أ): «الترقي»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٤) في (أ): «وسطها»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط)، كما ورد في (ي): «وسطهما».

(٥) قال العراقي: **أصحّهما**: أنَّه يجعل لصاحب السفل؛ لانقطاع الآخر عنه، واختصاصه بصاحب السفل يدًا وتصرفًا. **والثاني**: أنَّه يجعل بينهما؛ لأنَّه قد ينتفع به صاحب العلو بإلقاء الأمتعة فيه، وطرح القمامات. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٣٥)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٢٦ ـ ٢٢٧)، «مغني المحتاج» (٢/ ١٩٣).

(٦) في (د) بعد «يدهما» زيادة: «والله أعلم».



[٢٤]
كتابُ الحوالة

[وفيه بابان][(١)]:

(١) الزيادة من (د، ي، ط).
والحوالة لغة: اسم من الإحالة، وأصل تركيبها يدل على الزوال والنقل، ومنه التحويل، وهو نقل الشيء من محل إلى محل، قال الله تعالى: ﴿لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَلًا﴾ [الكهف: ١٠٨].
والحوالة بفتح الحاء أفصح من كسرها، من التحوّل والانتقال، يقال: حالت الأسعار إذا انتقلت عمّا كانت عليه، وقال ابن فارس: هي من قولك: تحوّل فلان عن داره إلى مكان كذا وكذا، فكذلك الحق تحول مال من ذمة إلى ذمة.
وفي الاصطلاح: «عقد يقتضي نقل دَين من ذمة إلى ذمة»، وقيل: «إبدال دين بآخر للدائن على غيره رخصة». وعرَّفه الجرجاني بقوله: «وفي الشرع: نقل الدَّين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه».
انظر: «تحرير ألفاظ التنبيه» (ص٢٠٣)، «المطلع» للبعلي (ص٢٤٩)، «شرح النقاية» للقاري (٢/٥٠٨)، «التعريفات» (ص١٢٦)، «التعاريف» للمناوي (ص٢٩٩).
والأصل في جوازها: السُّنَّة والإجماع.
فالسُّنَّة: لقوله ﷺ فيما رواه أبو هريرة (رضي الله عنه): «**مطل الغني ظلم، وإذا أُتْبِعَ أحدكم على مليء فليتبع**» رواه البخاري في «صحيحه» كتاب الحوالة =

. . . .

* * *

= (٢٢٨٧، ٢٢٨٨)، ومسلم في «صحيحه» كتاب المساقاة (١٥٦٤)، والترمذي في «سننه» كتاب البيوع (١٣٠٨)، والنسائي في «سننه» كتاب البيوع (٤٦٩١)، وأبو داود في «سننه» كتاب البيوع (٣٣٤٥)، وابن ماجه في «سننه» كتاب الأحكام (٢٤٠٣).

وقد أجمع أهل العلم على جوازها بالجملة.

انظر: «الإقناع في مسائل الإجماع» لابن القطان الفاسي (٣/ ١٥٩٥).

الباب الأوَّل

في أركانها[١]

وهي خمسة[٢]: اللفظ، والمحيل، والمحال عليه، [والمحتال][٣]، والدَّين المحال به.

وأصل صحة المعاملة قوله عليه السَّلام: «**مطل الغني ظلم، فإذا أحيل أحدكم على مليءٍ فليحتل**»[٤].

وفي حقيقته[٥] مشابه[٦] الاعتياض؛ كأنَّه [اعتاض][٧] دَينًا عن دَين. ومشابه الاستيفاء؛ فكأنَّه استوفى ما عليه، باستحقاق الدَّين على غيره.

---

(١) ورد في (د، ي): «أركانه».

(٢) قوله: «خمسة» لا يوجد في (ي، ط): وقد ذكر الإمام النووي وغيره أن أركان الحوالة ستة وهي: محيل، ومحتال، ومحال عليه، ودَين للمحتال على المحيل، ودَين للمحيل على المحال عليه، ومراضاة بالحوالة بين المحيل والمحتال. «روضة الطالبين» (٤/ ٢٢٨)، وذكرها الشربيني في «مغني المحتاج» (٢/ ١٩٣).

(٣) الزيادة من (د، ي، ط).

(٤) رواه بهذا اللفظ البيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٧٠: ١١١٧١)، ونحوه أبو عوانة في «مسنده» (٣/ ٣٤٨)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٤/ ٤٨٩: ٢٢٤٠٣)، وأحمد في «مسنده» (٢/ ٤٦٢: ٩٩٧٤)، وأصله في «الصحيحين» كما مرَّ في تعليق رقم (١) صفحة (٢٠٧).

(٥) في (ط): «حقيقتها».

(٦) ورد في (أ): «مشابهة»، والأولى ما أثبتناه من (د، ي، ط).

(٧) في (أ): «اعتياض»، والأولى ما أثبتناه من (ي، ط).

أمَّا لفظ الحوالة

فلا بدّ منه.

ولا بدّ من القَبول؛ فإنَّه معاقدة بين المحيل والمحتال.

وأما(١) المحال عليه

فلا يشترط رضاه [عندنا](٢)، خلافًا لأبي حنيفة(٣) والإصطخري؛ لأن ذمته محل التصرف(٤)، فلا يعتبر رضاه.

---

(١) ورد في (أ): «أما»، من غير واو، والمثبت من (د، ط، ي).

(٢) الزيادة من (ط، ي)، أمَّا اشتراط رضا المحال عليه في صحة الحوالة؛ فقد ذهب الشافعية إلى أن المحال عليه إن كان عليه دين للمحيل؛ فلا يشترط رضاه. وهذا هو المنصوص في المذهب.
قال الشيرازي: وهل تصح من غير رضا المحال عليه؟ ينظر فيه، فإن كان على من له عليه حق؛ ففيه وجهان: **أحدهما**: وهو قول أبي سعيد الإصطخري واختيار المزني، أنَّه: لا تجوز إلَّا برضاه؛ لأنَّه أحد من تتم به الحوالة، فاعتبر رضاه في الحوالة كالمحتال. **والثاني**: وهو المذهب أنَّه تجوز؛ لأنَّه تفويض قبض، فلا يعتبر فيه رضا من عليه، كالتوكيل في قبضه.
انظر: «المهذّب» (١/ ٣٢٨)، «التنبيه» (ص١٠٥)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٢٨)، «شرح زيد ابن رسلان» (ص٢٠٢)، «فتح المعين» (٣/ ٧٥)، «مغني المحتاج» (٢/ ١٩٤)، «منهاج الطالبين» (ص٦١)، «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٣٩).

(٣) المذهب عند الحنفية أن الحوالة لا تصح إلَّا برضا كل من المحيل والمحال عليه والمحتال، قال الشيخ المرغيناني: «وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه»، «بداية المبتدي» (ص١٤٨)، كذا قال في «الهداية»، وعلّل ذلك بقوله: «وأمَّا المحتال عليه؛ فلأنَّه يلزمه الدين، ولا لزوم بدون التزامه». «الهداية» (٣/ ٩٩)، وانظر كذلك: «البحر الرائق» (٦/ ٢٦٨)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٥)، قال في «البحر الرائق»: و«المذهب المعتمد أنَّه لا بدّ من رضا المحال عليه، سواء كان عليه دين أو لا».

(٤) في (د): «للتصرف».

وهل يشترط أن يكون عليه دين؟ فيه وجهان[١]، يرجع حاصلهما إلى أن الضمان بشرط براءة الأصيل هل يصح؟ وفيه خلاف[٢]. وإليه ترجع[٣] الحوالة على من لا دين عليه، ولذلك يقطع باشتراط رضاه والتزامه، إذا لم يكن عليه دين.

ثُمَّ تردّد العراقيون في أن هذه الحوالة هل تلزم قبل القبض؟ والأصح: لزومها، فإنها[٤] حقيقة الحوالة.

أمَّا الدَّين

فيشترط فيه:

*** أن يكون مجانسًا لما على المحال عليه، قدرًا وجنسًا ووصفًا[٥]:**

---

(١) قال الشيرازي: «فإذا أحال من لا دَين له عليه؟ كان بيع معدوم؛ فلم تصح. ومن أصحابنا من قال: تصح إذا رضي المحال عليه؛ لأنَّه تحمل دين يصح إذا كان عليه مثله فصح، وإن لم يكن عليه مثله كالضمان...». «المهذّب» (١/ ٣٣٨)، «شرح الوجيز» (١/ ٣٣٩).

(٢) **والأصح**: أنَّه لا يصح، قال الرافعي: أشبههما: المنع؛ لأنَّه قرن به شرطًا يخالف مقتضى الضامن. **والثاني**: يصح، كما روي ذلك في حديث أبي قتادة (رضي الله عنه). «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٨٥)، «الروضة» (٤/ ٢٦٤).

(٣) في (أ): «يرجع»، والمثبت من (ي).

(٤) في (ي، ط): «فإنه».

(٥) انظر: «المهذّب» للشيرازي (١/ ٣٣٧)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٣١)، وقد ذكر النووي وجهًا لجواز الحوالة بالقليل على الكثير، وبالصحيح على المكسر، وبالجديد على الرديء، وبالمؤجل على الحال، وبالأبعد أجلًا على الأقرب، وكأنَّه تبرع بالزيادة، والصحيح المنع.
وانظر لمزيد من التفصيل وأمثلة كل نوع من القدر والجنس والوصف: «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٤٣).

فإن[١] كان بينهما من التفاوت ما يمنع الاستيفاء إلَّا بالمعاوضة؛ امتنعت الحوالة. وإن كان لا يمنع الاستيفاء، بل يجب القبول، ولا[٢] يشترط فيه رضا المستحق، كتسليم الصحيح عن المكسّر، والأجود عن الأردأ، والحالّ عن المؤجل.

[و][٣]في بعض الأحوال جازت الحوالة، وإن كان يفتقر إلى الرضا المجرّد دون المعاوضة، ففيه وجهان[٤].

*** الشرط الثاني للدَّين: أن يكون لازمًا[٥]، أو مصيره إلى اللزوم:**

فتجوز الحوالة بالثمن[٦]، وعلى الثمن[٧] في مدة الخيار على

---

(١) في (د): «وإن».

(٢) في (أ): «فلا»، والأولى ما أثبتناه من (د، ي، ط).

(٣) الزيادة من (ي).

(٤) قال الرافعي في «شرح الوجيز»: «وقوله إن افتقر إلى الرضا دون المعاوضة؛ فهو كأداء الرديء عن الجيد، فإنَّه يجوز قبوله، ولا يكون ذلك معاوضة، هذا بيان ما ذكره، وفيه رواية خلاف للأصحاب في جواز الحوالة بالجيد على الرديء...» (١٠/ ٣٤٣).

(٥) قال النووي: الدَّين اللازم تجوز الحوالة به وعليه، سواء اتفق الدَّينان في سبب الوجوب، أو اختلفا بأن كان أحدهما ثمنًا والآخر أجرة أو قرضًا أو بدل متلف...، ثُمَّ قال: أطلق الإمام الرافعي أن الدَّين اللازم تصح الحوالة به وعليه واقتدى في ذلك بالغزالي، وليس كذلك، فإنَّ دين السلم لازم ولا تصح الحوالة به ولا عليه على الصحيح، وبه قطع الأكثرون، وحكي وجه في «الحاوي» و«التتمة»، وغيرهما أنَّه يجوز بناءً على أنها استيفاء. «روضة الطالبين» (٤/ ٢٣١).

(٦) وهو مذهب الجمهور من الشافعية كما نص عليه النووي بقوله: فالمذهب الذي عليه الجمهور القطع بجوازها، وللمسعودي إشارة إلى منعها لكونه غير مستقر، وقد اشتهر في كتب الأصحاب اشتراط استقرار ما يحال به وعليه. «روضة الطالبين» (٤/ ٢٣٠).

(٧) «وعلى الثمن» لم يرد في (د).

الصحيح(١)، ثُمَّ إن فسخ انقطعت الحوالة(٢).

* وفي نجوم الكتابة(٣) ثلاثة أوجه:

أحدها: المنع؛ لأنَّه ليس بلازم عليه.

والثاني: نقل عن ابن سريج جواز الحوالة به وعليه جميعًا؛ لثبوته وتأكده.

والثالث: أنَّه لا تجوز الحوالة عليه؛ إذ لو صحّ لعتق العبد ولصار [الدَّين](٤) لازمًا على العبد، وتصح حوالة العبد به، فيبرأ العبد ويعتق، ويلزم الدَّين في ذمة المحال عليه، فلا بُعد فيه.

فرعان:

● **أحدهما**: إذا أفلس المحال عليه أو جحد؛ لم يثبت الرجوع على

(١) ويحكى عن القاضي أبي حامد أنَّه لا يجوز؛ لأنَّه ليس بلازم. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٤١).

(٢) لأنها إنَّما صحت لإفضاء البيع إلى اللزوم، فإذا لم يفض؛ لم تصح. «روضة الطالبين» (٤/ ٢٢٩).

(٣) لم يفرّق المؤلف بين ما إذا كانت إحالة المكاتب بالنجوم وإحالة السيد على النجوم. وقد فصّل القول فيه الإمام الرافعي؛ حيث قال: إذا حال السيد غريمًا له على مكاتبة بالنجوم، ففيه **وجهان**: **الأصح**: المنع. **ووجه بالجواز**، قال به الحليمي، . . . ولو أحال المكاتب السيّد على إنسان، فجواب الأكثرين صحة الحوالة.
ثُمَّ قال (رحمه الله): «وإذا جمعت بين الصورتين حصلت ثلاثة أوجه، على ما ذكر في الكتاب: **أحدها**: جواز إحالة المكاتب بالنجوم وإحالة السيّد على النجوم، وهذا منسوب في النهاية إلى ابن سريج. **وثانيها**: منعها جميعًا، وبه قال القاضي. **وأظهرها**: جواز إحالة المكاتب بها ومنع إحالة السيد عليها . . .». «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٤١ ـ ٣٤٢) باختصار. وانظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٣٠ ـ ٢٣١).

(٤) في (أ): «دينًا»، والأصح ما أثبتناه من (ي)، وفي (ط): «ولما صار الدين».

المحيل بالدين، خلافًا لأبي حنيفة(١).

أمَّا إذا كان الإفلاس مقارنًا وجهله المحتال؛ ففي ثبوت الخيار ثلاثة أوجه(٢): **الأظهر: الثبوت.**

فإن أخذه(٣) استيفاءً أو عوضًا معيبًا؛ فله الرد.

والثالث: أنه(٤) لا يثبت الخيار إلَّا [إذا](٥) شرط كونه مليًّا.

وهذا يلتفت على(٦) أن خيار الشرط هل يتطرق إلى الحوالة، بتغليب(٧) مشابه المعاوضات فيه(٨).

● **الثاني**: إذا أحال المشتري البائع بالثمن على إنسان، فردّ عليه

---

(١) نصّ فقهاء الأحناف على أن المحال عليه يخرج من الحوالة في حالة الفسخ وفي حالة التّوى، وللتّوى أسباب، ومن ذلك: أن يجحد المحال عليه الحوالة، أو يفلس المحال عليه حال حياته. وقد استدلوا على ذلك بما روي عن عثمان (رضي الله عنه) أنَّه قال في المحال عليه إذا مات مفلسًا عاد الدَّين إلى ذمّة المحيل، وقال: لا تَوًى على مال امرئ مسلم. وعن شريح مثل ذلك، ذكره محمد في الأصل. ولم ينقل عن أحد من الصحابة خلافه فكان إجماعًا. . . .

انظر لمزيد من التفصيل: «بداية المبتدي» (ص١٤٩)، «الهداية» (٣/ ١٠٠)، «البحر الرائق» (٦/ ٢٧٢)، «المبسوط» للسرخسي (٢٠/ ٤٦)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٨)، «مختصر القدوري» (ص٣١)، «الدر المختار» (٥/ ٣٤٥).

(٢) في (د): بعد «أوجه»، «أحدها: لا يثبت كما إذا كان طاريًا و».

(٣) في (أ): «أخذ» من غير الهاء، والأولى ما أثبتناه من (ي، د، ق، ط).

(٤) «أنه» لم يرد في (د).

(٥) الزيادة من (ي، ط).

(٦) في (أ): «إلى»، والأولى ما أثبتناه من (د، ي، ط).

(٧) في (د): «لتغليب».

(٨) في (د): «فيه وجهان».

المبيع؛ فالذي ذكره المزني تحريًّا أن الحوالة تنفسخ[١]، وتحرّي المزني معدود من مذهب الشافعي، ونصّ في «المختصر الكبير[٢]» على أنها لا تبطل، فقال الأصحاب قولان، مأخذهما تغليب مشابه الاستيفاء أو الاعتياض، وموجب الاعتياض أنَّه لا ينقض، والأصح أنَّه ينفسخ، كما لو استحق مكسرًا فاستوفى الصحيح، وفسخ البيع؛ ردّ الصحاح[٣] وإن كان فيه شبه المعاوضة.

ولو جرى ذلك قبل قبض المبيع، فمنهم من قطع بفسخ الحوالة؛ لأنَّه ردّ [المبيع][٤] من أصله، على رأي.

---

(١) قال الإمام المزني: «هذه مسائل تحرَّيت فيها معاني جوابات الشافعي في الحوالة، قلت: ولو اشترى عبدًا بألف درهم وقبضه، ثُمَّ أحال البائع بالألف على رجل له دين ألف درهم فاحتال، ثُمَّ إن المشتري وجد بالعبد عيبًا فرده؛ بطلت الحوالة. وإن ردّ العبد بعد أن قبض البائع ما احتال به؛ رجع به المشتري على البائع، وكان المحال عليه منه بريئًا...». «مختصر المزني» (ص١٠٧).

(٢) هكذا ورد في النسخ الموجودة والمتوافرة لدينا: «المختصر»، ولعل الصحيح هو «الجامع الكبير» كما هو منصوص في «شرح الوجيز» للرافعي: «قال المزني في «المختصر»: تبطل الحوالة. ونقل عنه في «الجامع الكبير» أنها لا تبطل.
ثُمَّ قال (رحمه الله) وهو يشرح طرق المذهب في المسألة: وللأصحاب **ثلاثة طرق**: **أحدها**: أن في بطلان الحوالة قولين، أظهرهما عند القاضي ابن كج وصاحب الكتاب وغيرهما: أنها تبطل وتنقطع. **والطريق الثاني**، وبه قال أبو إسحاق وابن أبي هريرة وأبو الطيب بن سلمة، وهو: القطع بالبطلان، **والثالث**: وبه قال صاحب «الإفصاح»، وهو: القطع بعدم البطلان. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٤٦) باختصار شديد. وانظر كذلك: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٣٣).

(٣) في (د): «الصحيح».

(٤) ورد في (أ): «البيع»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ي)، وهو المثبت في المراجع الفقهية.

ولو جرى بعد قبض المحتال؟ منهم من قطع بأنَّه لا ينفسخ؛ لأنَّه تأكد بالقبض.

ولو جرى في الصداق، ثُمَّ عاد النصف بالطلاق؟ منهم من قطع بأنَّه لا ينفسخ؛ لأنَّه في حكم ردّ مبتدأ، بخلاف ما لو فسخ النكاح بسبب[1]، ولذلك يمتنع[2] بالزيادة المتصلة.

ولو أحال البائع على المشتري بدَين؟ منهم من قطع بأنَّه لا ينفسخ[3]؛ لأنَّه تعلق الحق بثالث، فلا سبيل إلى إبطاله.

ومن الأصحاب من طرَّد الخلاف في كل هذه الصور[4] من غير فرق.

* **التفريع:**

● **إن قلنا:** لا ينفسخ؛ فليس عليه رد عين ما أخذه من المحال عليه، وإن[5] لم يكن استوفى بعد، فهل يغرم للمشتري في الحال؟ **وجهان**[6].

إن قلنا: لا يغرم؛ فالظاهر أنَّه يطالبه المشتري بتحصيله من جهة المحال عليه، حتَّى يغرم له، فإنَّه لا سبيل إلى قطع مطالبته بالتأخير إلى غير نهاية.

---

(١) انظر لمزيد من التفصيل: «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٤٩).
(٢) في (د): «يمنع»، وفي (ق): غير واضح.
(٣) وهو ما قطع به الجمهور من الشافعية كما نصّ عليه الرافعي، فقال: «وقطع الجمهور بأنَّه لا تنقطع الحوالة، وسواء قبض المحتال مال الحوالة من المشتري أو لم يقبضه، والفرق أن الحوالة هاهنا تعلق بها حق غير المتعاقدين...». «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٤٧)، كذا قال النووي في «الروضة» (٤/ ٢٣٣).
(٤) في (أ): «الصورة»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ي، ط).
(٥) في (د): «فإن».
(٦) في (د): «فيه وجهان».

● **وإن قلنا**: ينفسخ؛ فلو قبض لم يقع عن جهة المحتال.

وهل يقع عن[١] جهة المشتري المحيل[٢]؟ **فيه وجهان، ووجه[٣] وقوعه**: أن الفسخ ورد على خصوص جهة الحوالة، لا على ما تضمَّنه من الإذن، فيضاهي تردد العلماء في أن الوجوب إذا نسخ[٤] هل يبقى الجواز[٥]؟ وأن من تحرّم بالظهر قبل الزوال[٦]، فهل[٧] ينعقد نفلًا[٨]؟.



(١) في (د) ورقة ٢١٨/ سطر (٨) من تحت: «إن».

(٢) في (د): «المحيل المشتري».

(٣) كذا في (د، ي)، وفي (ق، ط): «وجه» بواو واحدة.

(٤) في (أ): «فسخ»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٥) إذا ثبت الوجوب في شيء ثُمَّ نسخ، فهل يبقى الجواز؟ فيه مذاهب:
١ ـ يبقى الجواز. واختاره الباجي من المالكية، وصاحب «المحصول»، وتابعه المتأخرون، وعزاه بعضهم للأكثرين.
٢ ـ يرجع الأمر إلى الحظر. حكاه العبدري، وهو غريب.
٣ ـ يبقى الندب. حكاه الطرطوشي في «المعتمد»، وعليه يدل مذهب مالك.
٤ ـ لم يبق شيء ولا يثبت ندب ولا إباحة إلَّا بدليل.
٥ ـ يرجع الأمر إلى ما كان قبله من تحريم أو إباحة، وهو قول أكثر أصحاب الشافعية، وصحّحه القاضي أبو الطيب، والشيخ أبو إسحاق، والغزالي، وغيرهم، وهو مذهب المشايخ العراقيين من الحنفية.
انظر: «المسودة» (ص١٨٥)، «المدخل» لابن بدران (ص١٥٧)، «المستصفى» (ص٥٩)، «التمهيد» (ص١٠٠).

(٦) قال النووي: فإن كان عالمًا بحقيقة الحال؛ **فالأظهر** البطلان، وإن جهل؛ **فالأظهر** انعقادها نافلة. «المجموع» (٣/ ٢٣٩).

(٧) هكذا في (أ)، وفي (ط، ي، د): «هل» من غير فاء.

(٨) في (د، ي)، بعد «نفلًا»: «والله أعلم».

البابُ الثَّاني
في التنازُع

* وفيه مسائل:

* **الأولى**: إذا باع عبدًا، وأحال بثمنه على المشتري، فقال العبد: أنا حرّ الأصل؛ وصدّقه المتبايعان والمحتال؛ فقد بطل البيع والحوالة[١]. فلو كذَّبه[٢] المحتال؛ بطل البيع في حقّهما، ولم تبطل الحوالة؛ إذ ثبت له حق لازم، وقولهما ليس بحجة عليه.

* **الثانية**: إذا قال مستحق الدَّين: [أحلتني][٣] على فلان؛ فقال: لا، بل وكّلتك باستيفاء[٤] ديني منه؛ فالقول قول الآمر في نفي الحوالة، ثُمَّ إن لم يكن قد قبض؛ فليس له القبض؛ لأنَّه أنكر الوكالة فانعزل.

وفي مطالبة[٥] مستحق الدَّين[٦] منكِر الحوالة بأصل الدَّين **وجهان**: **أحدهما**: لا؛ لأنَّه اعترف ببراءته بما ادَّعاه من الحوالة. **والثاني**: بلى؛

---

(١) وصورة المسألة: أن يبيع عبدًا ويحيل غريمه بالثمن على المشتري، ثُمَّ يتصادق المتبايعان على أنَّه حر الأصل، إمَّا ابتداءً أو زعم العبد أنَّه حر، فصدّقاه. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٥٠). وانظر كذلك: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٣٥).

(٢) في (أ، ي): «فلو كذب»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، د).

(٣) في (أ): «احلفني»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ق، ط، ي).

(٤) في (د): «في استيفاء».

(٥) في (د، ي، ط): «مطالبته».

(٦) «مستحق الدين» لم يرد في (د، ط، ي).

لأنَّه لم يسلم له ذلك، فليرجع حتَّى لا يتعطل حقه بمجرد إنكاره(١).

أمَّا إذا كان قد قبض وهو قائم؛ فللموكل أخذه، إلَّا إذا منعه حقه، فله أن يتملكه؛ لأنَّه من جنس حقه. وإن كان تالفًا؛ فلا مطالبة [بأصل](٢) الدين، لأنَّه بزعمه قد استوفى، وتلف في يده من ضمانه، وبرئ المحال عليه على كل تقدير.

أمَّا إذا قال المستحق: وكَّلتني؛ وقال من عليه الحق(٣): لا، بل أحلتك، وما وكلتك؛ فإن كان قبل القبض؛ فلا يستوفي؛ لأن المالك أنكر الوكالة، وللمستحق مطالبته؛ إذ لا يسقط حقه بدعوى من عليه الدَّين الحوالة مع إنكار المستحق. وإن كان بعد القبض؛ ففيه وجهان: **أحدهما**: أنَّه يملكه الآن؛ لأنَّه من جنس حقه، والمستحق يزعم أنَّه ملكه. **والثاني**: أنَّه لا بدّ من مطالبته بالحق، وردّ(٤) هذا عليه، إلى أن يجري تمليك صحيح.

وإن جرى النزاع بعد التلف؛ ففي ضمانه **وجهان**: **أحدهما**: لا ضمان؛ لأنَّه مصدَّق في نفي الحوالة، فقد تلف في يده(٥) أمانة بحكم الوكالة. **والثاني**: أنَّه يضمن(٦)؛ ....

(١) انظر لمزيد من التفصيل: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٣٦)، «المهذب» للشيرازي (١/ ٣٣٩)، «التنبيه» (ص١٠٥)، «فتح المعين» (٣/ ٧٦)، «مغني المحتاج» (٢/ ١٩٧)، «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٥١).

(٢) في (أ): «أصل»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(٣) «الحق»، لم يرد في (د، ي، ط).

(٤) في (د): «فيردّ»، والصحيح ما هو المثبت، وقد أشار إليه الرافعي في «شرح الوجيز» حيث قال: «ثُمَّ إن كان المقبوض باقيًا فقد حكى في «الوسيط» وهاهنا وجهين: **أحدهما**: أنَّه يطالبك بحقه وردّ المقبوض عليك...». «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٥٣).

(٥) في (ق): «يد» من غير هاء.

(٦) ورد في (أ): «لا يضمن» بصيغة النفي، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي)، وهو ما يقتضيه سياق الكلام.

لأنَّه مصدق(١) في نفي الحوالة، لا في إثبات الوكالة، فينفعه في بقاء دَينه، ولا ينفعه في إسقاط الضمان.

والأصل أن ما تلف في يده من ملك غيره، فهو مضمون، وهذا كالبائع إذا أنكر قدم العيب صُدّق فيه(٢)، ولا يثبت به حدوثه، ولذلك لا يطالب بأرشه إذا ردّ إليه بسبب آخر.

فإن قيل: فلو اتفقا على جريان لفظ الحوالة، فقال اللافظ: أردت به الوكالة [دون الحوالة](٣)، أو قال [القابل](٤): قبلت الوكالة دون الحوالة؟

قلنا: فيه قولان: أحدهما: [أن](٥) النظر إلى ظاهر اللفظ. **والثاني**: أن المتبع قول اللافظ ونيَّته.

❑ ❑ ❑

---

(١) في (د): «يصدق».

(٢) وذلك بأن ادعى المشتري أنَّه قديم ليردّ على البائع، والبائع يدّعي أنَّه حدث عند المشتري، ودعواهما فيه ممكنة، بأن احتمل قدمه وحدوثه؛ صُدّق البائع؛ لأن الأصل عدم العيب بيمينه، لاحتمال صدق المشتري. هذا، وإذا صُدق البائع في دعواه بيمينه؛ لا يثبت بيمينه حدوث العيب مطلقًا؛ لأنها صلحت للدفع عنه، فلا تصلح لشغل ذمة المشتري. «مغني المحتاج» (٢/ ٦١)، «إعانة الطالبين» (٣/ ٣٦)، باختصار وتلخيص.

(٣) الزيادة من (د).

(٤) في (أ): «القائل»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٥) الزيادة من (د، ق، ط، ي).



[٢٥]
كتابُ الضَّمان(١)

وفيه ثلاثة أبواب(٢).

(١) الضمان: مصدر ضمنت الشيء أضمنه ضمانًا، إذا كفلت به فأنا ضامن.
ومعنى الضمان في **كلام العرب**: الرعاية للشيء، والمحافظة عليه، ومنه قولهم في الدعاء للمسافر: في حفظ الله وضمانه، وهو مشتق من التضمُّن؛ لأن ذمة الضامن تتضمن، والضمان الالتزام، ويتعدى بالتضعيف يقال: ضمَّنته المال ألزمته إياه.
وشرعًا: التزام حق ثابت في ذمة الغير، ويسمّى الملتزِم لذلك: ضامنًا، وضمينًا، وحميلًا، وزعيمًا، وكافلًا، وكفيلًا، وصبيرًا، وقبيلًا.
والأصل في جواز الضمان الكتاب والسُّنَّة والإجماع. أمَّا الكتاب: فقوله تعالى: ﴿قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ قال ابن عباس: الزعيم: الكفيل. **ومن السُّنَّة**: قوله ﷺ: «**الزعيم غارم**»، والزعيم هو الضامن والكفيل، رواه الترمذي في «سننه» (١٢٦٥، ٢١٢٠)، وأبو داود في «سننه» كتاب البيوع (٣٥٦٥)، وابن ماجه في «سننه» كتاب الأحكام (٢٤٠٥)، وكذلك قول أبي قتادة (رضي الله عنه): «صلِّ عليه يا رسول الله وعليّ دينه» رواه البخاري في «صحيحه» (٢٢٩١، ٢٢٩٥). **وقد أجمع العلماء** على مشروعيته، انظر: «الإقناع في مسائل الإجماع» (٣/ ١٥٧٦)، وانظر: «تهذيب الأسماء واللغات» للنووي (٣/ ١٧٣)، «الغريب» للخطابي (ص٦٣٦)، «تحرير ألفاظ التنبيه» (ص٢٠٣)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٤٠).

(٢) «وفيه ثلاثة أبواب» وردت في (د، ط) بعد قوله «مع الأصيل» الآتي.

والضمان معاملة صحيحة دلَّ عليها[١] الخبر والإجماع، ومعناه: تضمين الدَّين في ذمة الضامن، حتَّى يصير مطالبًا به مع الأصيل[٢].

❑❑❑

(١) في (أ، ط، ي): «عليه»، والأولى ما أثبتناه من (د).
(٢) في (أ): «الأصل»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

البابُ الأوَّل

في أركانه

وهي [ستة](١):

الركن(٢) الأول:
المضمون عنه

ولا يُشترط رضاه(٣)؛ لأن لغيره أن يقضي دَينه بغير إذنه، فكذا له أن يضمن. ولا يشترط حياته ويساره، بل يصح الضمان عن الميت المفلس، خلافًا لأبي حنيفة(٤).

وهل يشترط كونه معلومًا عند الضامن؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، إذ لا تعلق لمعاملته به، ولذلك لم يشترط رضاه.

---

(١) في (أ): «أربعة»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٢) «الركن» لم يرد في (د، ط، ي).

(٣) ويدل عليه أنَّه يصح الضمان عن الميت، ومعلوم أنَّه لا يتصور عنه الرضا، والدليل على صحته ما وقع في ضمان علي، وأبي قتادة (رضي الله عنهم) للميِّت. «شرح الوجيز» (١٠/٣٥٨).

(٤) فقد اشترط الإمام أبو حنيفة أن يكون المضمون عنه قادرًا على تسليم المضمون به إمَّا بنفسه وإمَّا بنائبه، ولكن صاحبيه أبا يوسف ومحمدًا قالوا: يصح الضمان عن ميت مفلس.
انظر لمزيد من التفصيل: «بدائع الصنائع» (٦/٦)، «البحر الرائق» (٦/ ٢٢٢)، «المبسوط» للسرخسي (٢٠/ ١٠٩)، «فتح القدير» للمحقق ابن الهمام (٧/ ٢٠٤).

والثاني: نعم، فإنَّ الضامن قد يعوِّل على كون المضمون عنه مليًّا أو مُتَشَمِّرًا[١] للأداء، ففي الضمان عن المجهول[٢] غرر.

الركن الثاني: المضمون له

وفي شرط معرفته وجهان مرتبان على المضمون عنه، وأولى بأن يعتبر[٣]؛ لأن المطالبة[٤] تتجدَّد له، فيختلف الغرض باختلاف المطالبين في المساهلة والمضايقة.

إن[٥] **قلنا**: يُشترط معرفته[٦]، ففي اشتراط رضاه **وجهان**:

أحدهما: بلى، إذ تجدد له ملك مطالبة لم يكن، وليس[٧] له أن يملك غيره بغير رضاه.

---

(١) ورد في (أ): «مشمرًا»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٢) في (أ): «للمجهول»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٣) ورد في (أ): «بأن لا يعتبر»، بالنفي، والصحيح ما أثبتناه من (د، ي، ط)، وهو الأصح من الوجهين كما نصّ عليه الرافعي في «شرح الوجيز» فقال: المضمون له هو مستحق الدَّين، وفي اشتراط معرفته وجهان، **أحدهما**: أنَّه لا يشترط؛ لأنَّه لم يقع التعرض والبحث عنه في ضمان علي، وأبي قتادة (رضي الله عنهما)، **وأصحُّهما**: أنَّه لا بدّ أن يَعرف الضامن؛ لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء والاستيفاء تشديدًا وتسهيلًا، والأغراض تختلف بذلك، والضمان مع إهماله غرر وضرر من غير ضرورة. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٥٩).
وقال النووي: ويشترط معرفته على الأصح. «روضة الطالبين» (٤/ ٢٤٠).

(٤) في (د): «ولأن المطالب».

(٥) في (د): «فإن».

(٦) في (ق) لم يرد «معرفته».

(٧) في (د): «فليس».

والثاني: لا؛ لأن الدَّين ليس يزيد، إنَّما هذه[١] إمكان مطالبة[٢] مع بقاء الدَّين على[٣] ما كان[٤].

فإن قلنا: يشترط رضاه، ففي اشتراط قبوله وجهان[٥]، يقربان من الوجهين في اشتراط قبول الوكيل؛ لأن التوكيل إثبات سلطنة[٦] للوكيل، كما أن الضمان إثبات سلطنة للمضمون له.

فإن[٧] قلنا: لا يشترط قبوله، اكتفي بالرضا، وإن تقدم على الضمان[٨].

الركن الثالث:
الضامن

ولا يشترط فيه إلَّا:

ـ صحة العبارة[٩].

---

(١) في (ق): «هذا».

(٢) في (ق): «مطالبته».

(٣) في (ق): «على من كان»، وفي (د): «على ما كان عليه».

(٤) والأصح وقول الأكثرين: أنَّه لا يشترط رضاه. كما نصّ عليه النووي في «الروضة» (٤/ ٢٤٠)، والعراقي في «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٥٩).

(٥) والأصح أنَّه لا يشترط، كما نصَّ عليه الرافعي في «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٥٩).

(٦) في (د): «سلطنة لم يكن للوكيل»، وهذا مخالف لما هو في بقية النسخ.

(٧) في (ق): «وإن».

(٨) قال النووي: وإن لم نشترطه جاز أن يتقدم الرضا على الضمان. «روضة الطالبين» (٤/ ٢٤٠).

(٩) ويخرج بهذا القيد الصغيرُ والمجنون والمغمى عليه والمبرسم الذي يهذي، فلا يصح ضمانهم كسائر التصرفات، وفي ضمان السَّكران الخلاف المذكور في سائر تصرفاته لا يصح ضمانه، وأمَّا الأخرس فإن لم يكن له إشارة مفهومة ولا كتابة لم نعرف أنَّه ضمن حتَّى نصحّح أو نبطل، وإن كانت له إشارة مفهومة صح ضمانه =

- وكونه من أهل التبرّع(١)؛ فإنَّ الضمان تبرّع.

فضمان المكاتَب كتبرّعه، وضمان الرقيق دون إذن السيّد فيه وجهان(٢)، ذكرناهما(٣) في شرائه.

وفائدة صحته: أن يطالب به إذا عتق، وإن(٤) ضمن بالإذن صحّ.

وفي تعلُّقه بكسبه **ثلاثة أوجه:**

أحدها: أنَّه يتعلق [به](٥) كالمهر ونفقة النكاح، فإنَّ الإذن(٦) في الالتزام إذن في الأداء، والكسب متعين لأدائه.

والثاني: لا، بل إذنه رضًا بما(٧) للعبد الاستقلال به على أحد الوجهين.

والثالث: أنَّه يتعلق بكسبه إن كان مأذونًا في التجارة، وإلَّا فلا.

هذا إذا لم يكن عليه دين.

= بها كبيعه وسائر تصرفاته، وفي وجه لا يصح ضمانه.
انظر: «شرح الوجيز» للرافعي (١٠/ ٣٦٠)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٤١).

(١) وعلى هذا فلا يصح ضمان المحجور عليه لسفه وإن أذن الولي؛ لأنَّه تبرع وتبرعه لا يصح بإذن الولي. «روضة الطالبين» (٤/ ٢٤١).

(٢) **أحدهما** وبه قال أبو إسحاق: أنَّه صحيح ويتبع به بعد العتق؛ لأنَّه لا ضرر فيه على السيد، فصار كما لو أقر بإتلاف مال وكذّبه السيد.
وأصحهما وبه قال الإصطخري: أنَّه باطل؛ لأنَّه إثبات مال في الذمة بعقد فأشبه النكاح.
«شرح الوجيز» (١٠/ ٣٦١)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٤٣).

(٣) في (أ): «كما»، وفي (ط، ي): «ذكرناه»، والأولى ما أثبتناه من (د).

(٤) في (د): «فإن».

(٥) الزيادة من (ط).

(٦) في (أ): «الإذن له»، ولم يرد «له»، في (د، ط، ي).

(٧) في (د): «بما ليس للعبد».

فإن كان عليه دين وحُجر عليه، فلا يتعلق بكسبه، وإن أذن فيه السيد، إذ ليس للسيد التبرع بما في يده.

وإن لم يحجر [عليه][١]، فثلاثة أوجه:

أحدها: لا؛ لأنَّه في حكم المرهون بالدين.

والثاني: يتعلق؛ لأنَّه لم يجر حجر ورهن.

والثالث: إن قدر الدَّين يستثنى، فإن فضل شيء تعلق به الضمان[٢].

الركن الرابع:
المضمون به

وشرطه: أن يكون حقًا ثابتًا[٣]، لازمًا، معلومًا.

* القيد الأول: الثبوت:

احترزنا به عما إذا قال: ضمنت لك عن[٤] فلان ما تقرضه منه، أو ثمن هذا المبيع إذا بعته. فهو باطل على القول الجديد، وصحيح على القديم[٥].

---

(١) الزيادة من (د، ط، ي).

(٢) والوجه الثالث هو الأصح، كما نصّ عليه الإمام النووي (رحمه الله) في كتابه حيث قال: **والثالث**: يتعلق بما فضل عن حقوقهم رعاية للجانبين، قلت: أصحها الثالث، والله أعلم. «روضة الطالبين» (٤/ ٢٤٣).

(٣) ورد في (أ): «لازمًا ثابتًا»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٤) في (د، ط، ي): «من».

(٥) هذه المسألة مبنية على مسألة الضمان لما لم يجب وسيجب بقرض أو بيع وشبههما، فهناك طريقان في المذهب:
أحدهما: القطع بالبطلان؛ لأنها وثيقة؛ فلا تسبق وجوب الحق كالشهادة.
وأشهرهما على قولين: **الجديد**: البطلان. **والقديم**: الصحة.
«روضة الطالبين» باختصار وتعديل (٤/ ٢٤٤).

* وفي ضمان نفقة الغد[١] للمرأة ـ وكذا كل ما لم يجب، ولكن جرى سبب وجوبه ـ **قولان مشهوران في الجديد**:

أحدهما: لا؛ لأنَّه لم يلزم[٢].

والثاني: نعم؛ لأن السبب متقدم، وكأنّ[٣] هذا تأخير يضاهي التأجيل[٤].

* وضمان العهدة[٥] صحيح في ظاهر المذهب على الجديد والقديم[٦]، وإن كان يخالف قياس الجديد من حيث إنَّه لم يعلم لزومه، فإنَّ البائع إن باع ملك نفسه، فما أخذه[٧] من الثمن ليس بدين عليه حتَّى

---

(١) ورد في (أ): «العبد»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي). ومسألة ضمان نفقة الغد والشهر المستقبل معروفة ومذكورة في كتب الفقه.
انظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٤٥)، «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٦٣).

(٢) ورد في (أ): «لم يلزمه»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٣) في (د): «وكأنّ».

(٤) وهذان القولان سببهما هو الخلاف في وجوب النفقة، هل تجب بالعقد أم بالتمكين، إن قلنا بالأول (أي العقد) وهو القديم صحّ، وإن قلنا بالثاني (أي التمكين) وهو الجديد الأظهر فلا، هكذا نقله عامة الأصحاب.
انظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٤٥).

(٥) ضمان العهدة هو التزام الضامن ما في عهدة البائع رده، والعهدة في الحقيقة عبارة عن الصك المكتوب فيه الثمن، ولكن الفقهاء يستعملونه في الثمن؛ لأنَّه مكتوب في العهدة مجازًا تسمية للحال باسم المحل بعد قبض الثمن؛ لأنَّه إنَّما يضمن ما دخل في يد البائع.
«مغني المحتاج» (٢/ ٢٠١).

(٦) قال النووي: «وفي صحة هذا الضمان طريقان: **أحدهما**: يصح قطعًا. **وأصحهما** على قولين، **أظهرهما**: الصحة للحاجة إليه. **والثاني**: البطلان...».
«روضة الطالبين» (٤/ ٢٤٦).

(٧) في (أ): «فما أخذ»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

يضمن، ولكنه احتمل ذلك، فجوّز[١] بعد جريان البيع، وقبض الثمن الضمان لمصلحة العقود، فإنَّه لا يرغب في معاملة الغرباء إلَّا به، وعليه اشتملت[٢] الصكوك[٣] في الأعصار الخالية.

وخرّج ابن سريج قولًا أنَّه لا يصح أصلًا، وفيه قول آخر: أنَّه يصح قبل قبض الثمن وبعده مهما جرى البيع.

والأعدل: أنَّه لا يصح قبل قبض الثمن[٤]، حتَّى يكون سبب اللزوم ـ على تقدير ثبوت العهدة ـ جاريًا هذا فيه إذا خاف المشتري كون المبيع مستحقًّا، فلو كان يخاف فساد العقد من جهة أخرى، أو كون المبيع معيبًا، فضمن له هذه العهدة صريحًا؟ **فوجهان**:

أحدهما: بلى؛ كما إذا خاف خروجه مستحقًّا.

والثاني: لا؛ لأن التعلق بالمبيع ممكن هاهنا إلى ردّ الثمن، والتحرز عن المفسدات والعيوب ممكن، وما بني[٥] على الحاجة والمصلحة[٦] يتبع[٧] به مراتب الحاجة.

فإن قلنا: يصح ضمانه صريحًا، ففي اندراجه تحت مطلق ضمان

---

(١) في (أ): «يجوز»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).
(٢) في (أ): «اشتمل»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٣) الصكوك: جمع صك، وهو الكتاب، فارسي معرّب، قال أبو منصور: «والصك: الذي يكتب للعُهدة...». «لسان العرب» (١٠/ ٤٥٧)، «مختار الصحاح» (ص١٥٤).
(٤) من قوله: «مهما» إلى قوله: «قبل قبض الثمن» سقط من (د).
(٥) ورد في (أ): «يبنى»، وفي (ق): «يبتنى»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٦) في (د): «المصلحة والحاجة».
(٧) في (أ): «متبع»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

العهدة وجهان، ولو كان يشك في كمال الصنجة[١] أو في جَودة[٢] جنس الثمن، قال ابن سريج: يصح[٣] هذا الضمان، تخريجًا على ضمان العهدة، وهذا يقرب من مخافة العيوب، فيعتضد به ذلك الوجه.

ثُمَّ مهما ادعى نقصان الصنجة[٤]، فالقول قول البائع؛ لأن الأصل عدم استيفاء الكمال، فإن حلف طالب المشتري.

وهل يطالب الضامن بمجرَّد حلفه دون بينة يقيمها على النقصان؟ فيه وجهان:

وجه[٥] المنع: أن الأصل في حقه البراءة، فلا ينتهض[٦] يمينه حجة عليه[٧].

---

(١) في (أ): «السنجة»، ونحوه في (ط)، وهي أيضًا لغة، ولكن الأولى ما أثبتناه من (د، ي).
والصنجة: شيء يوزن به مجهول القدر، كأن قال: أسلمت إليك في قدر هذا الحجر من الثمر، بأن يوضع في كفة الميزان، ويقابله المسلم فيه في الكفة الأخرى.
وكلمة صنجة، قال الأزهري: قال الفراء: هي بالسين لا بالصاد. وعكس ابن السّكيت وتبعه ابن قتيبة فقال: سنجة: الميزان، بالصاد، لا بالسين، وفي نسخة من «التهذيب»: سنجة وصنجة، والسين أغرب وأفصح، فهما لغتان.
انظر: «حواشي الشرواني» (٥/ ١٧)، «لسان العرب» (٢/ ٣١١)، «مختار الصحاح» (ص١٥٥).

(٢) في (أ): «وجوده»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٣) ورد في (د، ط، ي): «صحّ».

(٤) في (د): «صنجة».

(٥) في (أ، ي): «ووجه» بواوين، والأولى ما أثبتناه من (د، ط).

(٦) في (أ، ق): «ينهض».

(٧) والمنع هو الأقيس، كما نصّ عليه الرافعي حيث قال: «فإذا حلف طالب المشتري بالنقصان، ولا يطالب الضامن على أقيس الوجهين؛ لأن الأصل =

* القيد الثاني: كون الحق لازمًا(١):

فكل دين لازم يصح ضمانه، ولا يصح ضمان نجوم الكتابة؛ لأنَّه لا مصير لها إلى اللزوم. والأصح صحة ضمان الثمن في مدَّة الخيار، لأن مصيره إلى اللزوم، والجواز عارض. وفي ضمان الجعل في الجعالة وجهان(٢).

* القيد الثالث: كونه معلومًا:

فلا يصح ضمان المجهول على الجديد، كما لا يصح الإبراء عنه، وفي القديم يصح ضمان المجهول والإبراء عنه.

= براءة ذمته، فلا يطالب إلَّا إذا اعترف بالنقصان أو قامت بينة عليه». «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٦٥).

(١) قال النووي: الديون الثابتة نوعان: **أحدهما**: ما لا يصير إلى اللزوم بحال، وهو نجوم الكتابة، فلا يصح ضمانها على الصحيح. **والثاني**: ما له مصير إلى اللزوم، فإن كان لازمًا في حال الضمان صحّ ضمانه، سواء كان مستقرًا أم لا، كالمهر قبل الدخول، والثمن قبل قبض المبيع.
وإن لم يكن لازمًا حال الضمان فهو نوعان: **أحدهما**: ما الأصل في وضعه اللزوم كالثمن في مدة الخيار، وفي ضمانه وجهان: **أصحهما**: الصحة. **والثاني**: ما الأصل في وضعه الجواز كالجعل في الجعالة، وفيه وجهان. «روضة الطالبين» (٤/ ٢٤٥)، «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٦٩).

(٢) من قوله: «القيد الثاني» إلى قوله: «الجعالة وجهان» سقط من (ق).
وقد أحال النووي لمعرفة الوجهين إلى ما سبق في كتاب «الرهن»، ونصّه هناك كالآتي: «أمَّا ما كان أصل وضعه على الجواز؛ كالجعل في الجعالة بعد الشروع في العمل وقبل تمامه، فلا يصح الرهن به على الأصح، وإن كان من العمل صح قطعًا للزومه، وإن كان قبل الشروع لم يصح قطعًا لعدم ثبوته وعدم تعيين المستحق...». «روضة الطالبين» (٤/ ٥٥)، ونفس هذين الوجهين يعتبران في ضمان الجعل في الجعالة. وقد ذكر الشيرازي في «المهذب» ثلاثة أوجه (١/ ٣٤٠).

ولا خلاف في جواز ضمان إبل الدية[١]، وإن كان فيه[٢] ضرب جهالة، وكذا الإبراء، وفي طريقة العراق وجه أن ضمانه لا يصح للجهل [به][٣].

ولو قال: ضمنت من عشرة إلى مائة، **ففي الجديد قولان:**

الأشهر: الصحة؛ لأن الأقصى معلوم، وقد وطَّن نفسه عليه.

والأقيس: الفساد؛ لأن الغرر حاصل بجهل المقدار بين العشرة والمِائة[٤].

الركن الخامس: في الكفالة بالبدن[٥]

وهذا [نظر][٦] يتشعب[٧] عن المضمون به، والصحيح الذي عليه

---

(١) ذكر الشيرازي في «المهذّب» (١/ ٣٤٠) وجهين في ضمان إبل الدِّية: **أحدهما**: لا يجوز ضمانه؛ لأنَّه مجهول اللون والصفة. **والثاني**: أنَّه يجوز؛ لأنَّه معلوم السن والعدد، ويرجع في اللون والصفة إلى عرف البلد، وقال النووي: وفي ضمان الإبل إذا لم نجوّز ضمان المجهول قولان: **أصحهما**: الصحة، وقيل: يصح قطعًا كما يصح الإبراء عنها. «روضة الطالبين» (٤/ ٢٥١).

(٢) في (د): «فيها».

(٣) الزيادة من (د). وورد في (ط): «للجهل بالصفة».

(٤) وعلى القول بالصحة، فماذا يلزمه؟ إن قلنا من درهم إلى عشرة، وكان له عليه عشرة أو أكثر يلزمه عشرة إدخالًا للطرفين في الملتزم، أو ثمانية إخراجًا لهما، أو تسعة إدخالًا للطرف الأول، والأول أصح. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٧١)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٥٢).

(٥) ورد في (أ): «في البدن»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٦) الزيادة من (ط، ي).

(٧) في (أ): «تشعب»، وفي (ط): «ينشعب».

الفتوى صحته(١)، وعليه جرى الصحابة والسلف(٢).

وقال(٣) المزني: ضعَّف الشافعي كفالة البدن(٤).

فمنهم من جعل ذلك ترديد(٥) قول، وعلى هذا يصح ضمان عين المغصوب والمبيع وكل ما يجب تسليمه، ولا يصح ضمان عين(٦) الودائع والأمانات، إذ لا يجب تسليمها، فكأنَّا نكتفي بأن [يكون](٧) المضمون به حقًّا لازمًا، ولا يشترط كونه دَينًا، فتصح الكفالة ببدن كل من يجب عليه [الحضور بمجلس](٨) الحكم باستدعاء المُدّعي، وكذلك(٩) تصحّ الكفالة

---

(١) كذا ذكره النووي، والرافعي في كتبهما، وقد ذكروا قولين: **أصحهما** وأشهرهما: الجواز. وقيل: تصح قولًا واحدًا. قال الرافعي: إن الشافعي (رحمه الله) نصّ في أكثر المواضع على أن كفالة البدن صحيحة. وبه قال أبو حنيفة، ومالك، وأحمد (رحمهم الله)، وذكر في الدعوى والبينات أن كفالة البدن ضعيفة. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٧٢).

(٢) قال ابن قدامة: «إن الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر أهل العلم، هذا مذهب شريح، ومالك، والثوري، والليث، وأبي حنيفة، وقال الشافعي في بعض أقواله: الكفالة بالبدن ضعيفة». «المغني» (٤/ ٣٥٧).
وانظر: «بداية المبتدي» (ص١٤٥)، «الهداية» (٣/ ٨٧).

(٣) في (د): «قال» من غير واو، ونحوه في (ط، ي).

(٤) انظر: «مختصر المزني» (ص٣١٤)، وانظر كذلك: كتاب «الأم» (٣/ ٢٣٥)، (٦/ ٢٤٧).

(٥) في (ط): «تردد».

(٦) في (أ): «عن»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٧) الزيادة من (د، ط، ي).

(٨) الزيادة من (د، ط، ي)، وقد ورد في (أ): «مجلس الحكم» من غير باء، وفي (د): «لمجلس الحكم».

(٩) في (أ): «لذلك»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ق، ط، ي).

[بالبدن][١] قبل قيام البيّنة على الدَّين؛ لأن معتمده الحضور، وهو واجب، والأصح صحته بعد حضور المدّعى عليه، وإنكاره إذا لم يُقم المدّعي البيِّنة؛ لأنَّه بقي له متعلَّق في إحضاره.

ويصح الضمان ببدن الزوجة، وقال ابن سريج: يصح الضمان ببدن العبد الآبق، ويجب السعي في إحضاره وردّه. وتصح الكفالة ببدن الميت، إذ قد يستحق إحضاره لشاهد الشهود صورته، ويشهدون عليه.

ولو[٢] تكفل ببدن شخص فمات[٣]، ففي انقطاعه بالموت وجهان؛ ووجه القطع: أن مطلق التصرفات يحمل على حالة الحياة.

وفي الكفالة ببدن[٤] من عليه عقوبة **ثلاثة أوجه**:

أحدها: بلى؛ لأنها من الحقوق.

والثاني: لا؛ لأنها تعرُض للسقوط[٥] بالشبهات.

والثالث: أنها تصح فيما للآدميين، بخلاف ما يثبت[٦] لله تعالى[٧].

---

(١) الزيادة من (د، ط، ي).
(٢) في (أ): «وإن»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٣) في (أ): «ومات»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٤) في (أ): «كفالة بدن»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٥) في (أ): «معرض السقوط بالشبهات»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).
(٦) في (أ): «ثبت».
(٧) ذكر المؤلف قولًا واحدًا فيما إذا كانت العقوبة للآدميين فتصح الكفالة، بينما ذكر الإمام النووي أنَّه تصح الكفالة على الأظهر. وقيل: لا تصح قطعًا. وكذلك الأمر إذا كانت حدًّا من حدود الله تعالى، فقال النووي: لم تصح على المذهب. وقيل: قولان. ويوجد تفصيل أوفى في المسألة ذكره الرافعي في «شرح الوجيز»، فليراجع. «روضة الطالبين» (٤/ ٢٥٣)، «شرح الوجيز» (١٠/ ٢٧٣).

ولو تكفل بإحضار شخص ببغداد، والمكفول ببدنه بنيسابور؟ لم يجز؛ لأنَّه لا يلزمه الحضور على هذا الوجه[١].

فإن قيل: بماذا يخرج عن عهدة هذه الكفالة[٢]؟

قلنا: بإحضاره في المكان الذي التزمه، ويتعين المكان الذي عين. فإن سلم فقال: لا أريده الآن؛ فقد خرج عن العهدة، إلَّا إذا كان عاجزًا عن التعلق به؛ لاستناده إلى ركن وثيق.

فإن غاب[٣] حيث يعرف خبره؟ فعلى الكفيل السعي في إحضاره، ويُمْهَل مدة الذهاب والمجيء. فإن لم يُحضره حُبس، وإن حضر الأصيل وسلّم نفسه برئ الكفيل، كما لو أدّى الأصيل الدَّين[٤].

فإن عجز عن إحضاره بموته أو هروبه[٥]؟

---

(١) قال النووي: لأن مَن بالبصرة لا يلزمه الحضور ببغداد للخصومات، والكفيل فرع المكفول به، وإذا لم يجب حضوره لا يمكن إيجاب الإحضار على الكفيل. «روضة الطالبين» (٤/ ٢٥٤)، ونحوه في «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٧٤).

(٢) قال الإمام الرافعي: يخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه في المكان الذي وجب التسليم، طلبه المستحق أو لم يطلبه، بل أباه، بشرط أن لا يكون هناك حائل كَيدِ سلطان، أو متغلب، وحبس الحاكم بالحق لا يمنع صحة التسليم لإمكان إحضاره ومطالبته بالحق. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٧٧).

(٣) فرّق الإمام الرافعي بين ما إذا كان البُعد مسافة قصر أو دونه، فقال (رحمه الله): وإن عرف موضعه؛ فإن كان دون مسافة القصر، فعليه إحضاره، لكنه يمهل مدة الذهاب والإياب ليتبعه، فإن مضت المدة ولم يحضره حُبس حينئذٍ. وإن كان على مسافة القصر فوجهان: **أظهرهما**: أنَّه كما لو كان دون مسافة القصر. **والثاني**: أنَّه لا يطلب به إلحاقًا لهذه الغيبة بالغيبة المنقطعة، كما أنَّه لو غاب غيبة منقطعة. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٧٨).

(٤) في (د): «كما لو أدى المضمون عنه، برئ الضامن عن الدين»، وفي (ي): «كما لو أدى الضامن الدين».

(٥) في (أ): «هربه»، والصحيح ما أثبتناه من (د)، ونحو (أ) ورد في (ط، ي).

ـ **فالأصح**: أنَّه لا يلزمه شيء، وهو معنى تضعيف الشافعي كفالة البدن.

ـ **والثاني**: أنَّه يلزمه بدل الحضور الذي عجز عنه.

ثُمَّ فيه وجهان:

أحدهما: أنَّه يلزمه الدَّين، بالغًا ما بلغ، فهو الأصل، مهما قامت البينة عليه.

والثاني: يلزمه دِيَةُ المكفول[(١)] ببدنه، فإنَّه بدل بدنه، إلَّا إذا كان الدَّين أقل منه واشتراط رضا المكفول ببدنه يبتني[(٢)] على هذا[(٣)].

فإن قلنا: الالتزام مقصور على الحضور؛ فلا يجوز دون رضاه؛ لأنَّه ليس يقدر على الاستبداد بالنقض[(٤)] عنه.

وإن قلنا: يلزمه المال؛ فله الانفراد بهذه الكفالة كما [يلزمه][(٥)] بضمان المال.

فلو أنكر المكفول به الرضا، فهل له تكليفه[(٦)] الحضور؟

فيه وجهان؛ ووجه[(٧)] التجويز[(٨)]: أن الحضور مستحق، والكفيل لا يتقاعد عن الوكيل.

---

(١) في (د): «المكفول به»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٢) في (أ): «ينبني».

(٣) قال النووي: يشترط رضا المكفول ببدنه على الصحيح، ولا يشترط رضا المكفول له على الصحيح. «روضة الطالبين» (٤/ ٢٥٩).

(٤) ورد في (أ، ق): «بالمفضي»، وفي (ط): «بالتفصي عنه»، وفي (د): «بالبعض».

(٥) الزيادة من (د، ط) ولم ترد في (أ، ي).

(٦) في (أ): «تكليف»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٧) في (د): «وجه»، بواو واحدة.

(٨) في (أ): «التجوز»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

قال صاحب «التقريب»: فعلى هذا ينبغي أن تصحّ الكفالة بغير إذنه، ويقدر على تكليفه[١] الحضور؛ لأنَّه لا[٢] يتقاعد عن الوكيل[٣].

* فروع أربعة:

* **أحدها**: إذا مات المكفول له، هل ينتقل حقه إلى ورثته؟

فيه ثلاثة أوجه، ذكرها ابن سريج:

أحدها: لا؛ لأنَّه حق ضعيف، ولم يلزم[٤] إلَّا له.

والثاني: بلى؛ كسائر الحقوق. وهو الأقيس[٥].

والثالث: إن كان في التركة دَين أو وصي بقيت، وكأنَّه نائب عن جهته[٦].

* **الثاني**: إذا كفل ثلاثة ببدن إنسان، فأحضره[٧] واحد؛ برئ هو.

قال المزني: وبرئ[٨] صاحباه، كما في ضمان الدَّين.

وقال[٩] ابن سريج: لا يبرأ صاحباه، بخلاف أداء الدين، فإنَّ المقصود

---

(١) في (أ، ق): «وكليفه»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٢) في (أ): «لم»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٣) انظر لمزيد من التفصيل: «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٧٩).
(٤) في (أ): «لم يلتزم»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).
(٥) قال الإمام الرافعي: **أظهرها**: إبقاء الكفالة، وقيام ورثته مقامه، كما لو ضمن له المال.
وعبر عنه النووي بقوله: «أصحها بقاء الكفالة وقيام وارثه مقامه» «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٧٩)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٦٠).
(٦) وإن لم يكن وصي ولا دين: انقطعت. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٧٩).
(٧) في (أ): «فأحضر»، من غير الهاء، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٨) في (أ): «ويرى»، ولعله تصحيف، والصحيح ما أثبتناه من بقية النسخ.
(٩) في (د، ط، ي): «قال» من غير واو.

قد حصل ثَمّ، وهاهنا لا يحصل[١] بمجرد الحضور.

* **الثالث**: لو تكفل ببدن الكفيل؛ جاز.

ولو ضمن الضامن بالمال؛ جاز.

وإذا تكفل ثلاثة ببدن إنسان، وكل واحد تكفل ببدن صاحبه؛ جاز.

فإن أحضر واحد؛ برئ هو عن كفالته، وبرئ من تكفل ببدن الذي أحضره[٢]، و[أمْر][٣] الباقين[٤] يخرج على مذهب المزني وابن سريج.

* **الرابع**: لو ضمن تسليم عين المبيع، فتلف قبل القبض؛ انفسخ البيع.

فإن قلنا: الكفيل عند العجز لا يغرم شيئًا، فكذلك[٥] هذا.

وإن قلنا: إنه[٦] يغرم؛ فهذا على وجهٍ يغرم الثمن.

وعلى وجهٍ: أقل الأمرين من الثمن، أو القيمة يوم التلف.

وقيل: يعتبر[٧] أقصى القيم، كما في الغصب[٨] [٩].

---

(١) في (د): «قد حصل ولا يحصل هاهنا بمجرد».
(٢) في (ق): «أحضر» من غير هاء.
(٣) ورد في (أ): «إبراء»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٤) في (د): «الباقين في إحضار الخصم».
(٥) في (ق): «فكذا هاهنا».
(٦) «إنه» لم يرد في (ق).
(٧) في (أ): «يعتمد»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٨) في (د): «الغاصب»، ونحوه في (ط، ي).
(٩) انظر لمزيد من التفصيل: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٥٥).
وقد قال النووي: إن إيجاب القيمة يوم التلف هو أقوى.

الركن السادس[١]:
في[٢] الصيغة وما يقترن بها من شرط وتقييد[٣]

* وفيه مسائل:

* الأولى: أن الضّمان يصح بكل لفظ يدل على الالتزام، كقوله: تقلَّدت، والتزمت، وضمنت، وتكفَّلت، وتحمَّلت[٤].

ولا يصح بقوله: أؤدي، وأحضره[٥]؛ لأنَّه وعد[٦].

* الثانية: تعليق الضمان باطل على الجديد، وهو أن تقول: ضمنت إذا جاء رأس الشهر، وإذا بعت من فلان[٧].

أمَّا تعليق الكفالة بالبدن على مجيء رأس الشهر؛ ذكر ابن سريج وجهين[٨].

---

(١) ورد في (أ): «الخامس»، والصحيح ما أوردناه من (ق، د، ط، ي).

(٢) «في» لم ترد في (د).

(٣) في (أ): «ومفسد»، وهو خطأ، والصحيح ما أثبتناه من (ي)، وورد في (د، ط): «من تقييد».

(٤) في (د): «وتكفلت وضمنت».

(٥) في (أ): «أحضر» من غير هاء، والمثبت من (د، ط، ي).

(٦) انظر المسألة في: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٦٠)، «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٨٠).

(٧) قال النووي: لو علق الضمان بوقت أو غيره، فقال: إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت، أو: إن لم يؤدِّ مالك غدًا فأنا ضامن؛ لم يصح على المذهب. وعن ابن سريج أنَّه إذا جاز على القديم ضمان المجهول وما لم يجب؛ جاز التعليق. «روضة الطالبين» (٤/ ٢٦٠). وعلَّله الرافعي بقوله: لأنَّه عقد من العقود، فلا يقبل التعليق كالبيع ونحوه. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٨٠).

(٨) وذلك كالخلاف في تعليق الوكالة، وقد نصّ النووي في الوكالة على أن تعليق الوكالة لا يصح على الأصح من المذهب، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٠١)، وذكر =

وفي التعليق على الحصاد وجهان؛ وأولى بالمنع. وعلى قدوم زيد وجهان مرتبان؛ وأولى بالمنع[١].

ولو نجز الكفالة وشرط تأخير الطلب[٢] إلى مجيئ الشهر[٣]، فهو أولى بالجواز.

وهذا الخلاف ليس يجري في ضمان المال ولا في الإبراء؛ لأن كفالة البدن[٤] تنبني[٥] على المصلحة فاتُّبعت[٦] فيه الحاجات.

أمَّا إذا قال: ألق متاعك في البحر وعليّ ألف؛ لزمه. كما إذا قال: طلّق زوجتك وأعتق عبدك وعليّ ألف؛ لأنَّه التزام لغرض صحيح.

ولو[٧] قال: بع عبدك من فلان [بمائة، وعليّ مائة][٨] أخرى، فوجهان: الأصح أنَّه لا يلزمه[٩]، إذ لا يظهر [له][١٠] فيه غرض.

* **الثالثة:** لو شرط في ضمان الدَّين الحالّ أجلًا؛ لم يثبت الأجل؛ لأنَّه يضمن ما عليه، فهو تابع فلا يغيّر وصفه.

= كل من الرافعي، والنووي الفرق بين الوكالة والكفالة فقالا: والفرق أن الكفالة مبنيَّة على المصلحة والحاجة، فتتبع فيها الحاجة.

(١) لانضمام الجهالة لوقت حصول الحصاد إلى التعليق، وكذلك للجهل بأصل حصول القدوم.
(٢) في (د، ط): «الطلبة».
(٣) في (أ): «الشهد» وهو خطأ، والمثبت من (ق، د، ط، ي).
(٤) في (أ): «النفس».
(٥) في (أ): «يبنى»، وفي (ط): «ينبني».
(٦) في (د): «فاتبع فيها»، ونحوه في (ط).
(٧) في (أ): «وإن»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٨) في (أ): «بألف وعليّ ألف»، والمثبت من (د، ط، ي).
(٩) في (د): «لا يلزم».
(١٠) الزيادة من (د، ط، ي).

وفي طريقة العراق جواز ذلك؛ لأنَّه نوع رفق[١]، فجاز إثباته[٢].

ويشهد له قطع ابن سريج بأنَّه لو نجَّز كفالة البدن، وشرط تأخير التسليم شهرًا، جاز، ولكن احتُمل في كفالة البدن ما لم يُحتمل في الضمان.

ثُمَّ قال المزني: لو أحضره قبل الشهر؛ برئ عن العهدة.

[و][٣]قال ابن سريج: يُنظر[٤]: إن كان الدَّين مؤجلًا، أو كانت البينة غائبة؛ فلا يبرأ. وإن لم يكن له[٥] غرض؛ فيخرَّج على أن [الحق][٦] المؤجل إذا عُجّل هل يجبر [على][٧] قبوله؟ **وفيه قولان**[٨].

---

(١) في (أ): «وفق»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٢) قال الرافعي: «فإن ضمن الحال مؤجلًا إلى أجل معلوم، فوجهان:
أحدهما: أنَّه لا يصح الضمان لكون الملتزم مخالفًا لما على الأصيل.
وأصحهما: الصحة، لأن الضمان تبرع، فيحتمل فيه اختلاف الدَّينين في الكيفية للحاجة.
وعلى هذا فالذي يوجد لعامة الأصحاب أنَّه يثبت الأجل...».
«شرح الوجيز» (١٠/ ٣٨٢).
كذا قال النووي وأضاف: «وشذّ إمام الحرمين فادّعى إجماع الأصحاب على أن الأجل لا يثبت، وأن في فساد الضمان لفساده وجهين، **أصحهما**: الفساد».
«روضة الطالبين» (٤/ ٢٦٢).

(٣) الزيادة من (ي).

(٤) في (ي): «نظر».

(٥) في (أ): «فيه»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٦) الزيادة من (د، ط، ي).

(٧) الزيادة من (د، ط، ي).

(٨) انظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٦١)، «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٨٢).

ثُمَّ إذا أفسدنا[١] شرط الأجل في ضمان الدَّين الحالّ، ففي فساد الضمان بفساد الشرط وجهان[٢].

ولو ضمن الدَّين الموجّل حالًّا؛ ففي فساد الشرط وجهان[٣].

وإن[٤] فسد؛ ففي فساد الضمان وجهان.

* **الرابعة**: لو شرط الضامن أن يعطي المضمون عنه ضامنًا؛ ففي صحة شرطه وجهان.

فإن فسد؛ ففي فساد الضمان وجهان.

وإن[٥] صحّ؛ فعليه الوفاء.

فإن لم يفِ؛ فله الفسخ[٦].

* **الخامسة**: لو تكفل بعضو من بدنه؛ **فيه ثلاثة أوجه**:

أحدها: يصح؛ لأن في تسليمه تسليم الباقي.

---

(١) ورد في (أ، ق): «فسدنا»، والمثبت من (د، ط، ي).

(٢) قال الرافعي: **أظهرهما**: الفساد، وقال النووي: **أصحهما**: الفساد. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٨٢)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٦٢).

(٣) قال النووي: أمَّا لو ضمن المؤجل حالًّا والتزم التبرع بالتعجيل مضمونًا إلى التبرع بأصل الضمان؛ فوجهان كعكسه، **أصحهما**: الصحة. «روضة الطالبين» (٤/ ٢٦٢).

(٤) في (د): «فإن أفسد».

(٥) في (أ): «فإن صحّ».

(٦) قال الرافعي: ولو شرط في ابتداء الضمان أن يعطيه الأصيل ضامنًا، ففي صحة الشرط الوجهان إن صح، فإن وفَّى الأصيل وأعطاه ضامنًا فذاك، وإلَّا فله فسخ للضمان، وإن فسد فسد به الضمان على أصحّ الوجهين، «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٨٨).

والثاني: لا؛ إذ ليس هو من التصرّفات المبنية[١] على السّراية[٢].

والثالث: أنّه إن عيَّن عضوًا لا يقبل التسليم إلَّا بتسليم البدن، كالقلب والبطن والظَّهر؛ لزم. وإن كان كاليد والرجل؛ لم يلزم[٣] [٤].

❏❏❏

---

(١) في (د): «المبنيات».

(٢) والقول بالبطلان قال به الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب، واختاره ابن الصباغ، وقال في «التهذيب» أن القول الثالث هو الأصحّ. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٨٣)، «الروضة» (٤/ ٢٦٢).

(٣) في (د): «لا يلزم».

(٤) وهناك وجه رابع ذكره الرافعي، والنووي: أن ما يعبر به عن جميع البدن كالرأس والرقبة إذا تكفل به صحّ، وما لا يعبر به عن الجميع كاليد والرجل، إذا أضاف به لم يصح، أورده القفال في «شرح التلخيص» وقال: إنَّه الأصح. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٨٣).

البابُ الثَّاني

في حكم الضمان الصحيح

وله أحكام:

الأول

أنه(١) يتجدَّد لمستحقّ الدَّين مطالبة الضامن، ولا ينقطع مطالبته عن المضمون عنه(٢)؛ لأن معناه ضمّ ذمة إلى ذمة.

وقال مالك: لا يطالب الضامن ما لم يعجز عن المضمون عنه(٣).

---

(١) في (أ): «أن» من غير هاء.

(٢) هذا هو المذهب عند الشافعية، وقد نصّ عليه أصحاب المتون والشروح في المذهب.
انظر: «المهذّب» للشيرازي (١/ ٣٤١)، و«التنبيه» له (ص١٠٦)، «روضة الطالبين» للنووي (٤/ ٢٦٤)، «مغني المحتاج» للشربيني (٢/ ٢٠٨)، وقد استدل الشربيني لذلك فقال: أمَّا الضامن: فلحديث «**الزعيم غارم**»، وأمَّا الأصيل: فلأن الدَّين باقٍ عليه.

(٣) قال ابن رشد ما نصُّه: وقال مالك في أحد قوليه: ليس له (أي المستحق) أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه. وله قول آخر مثل قول الجمهور. «بداية المجتهد» (٢/ ٢٢٣).
وقال الدسوقي: القول الأول هو الأظهر، والقول المرجوع عنه أن الطالب مخيّر بين طلب الغريم أو طلب الضامن. وبه جرى العمل بفاس، وهو الأنسب بكون الضمان شغل ذمة أخرى...». «حاشية الدسوقي» (٣/ ٣٣٧). وانظر: «الكافي» (ص٣٩٨).

وقال ابن أبي ليلى[١]: لا يطالب المضمون عنه، ما لم يعجز عن الضامن.

فروع [ثلاثة][٢]:

أحدها: لو أبرأ الضامن لم يبرأ الأصيل[٣]، ولو أبرأ الأصيل برئ الكفيل.

وقوله للضامن: وهبت منك، أو تصدّقت عليك[٤]؛ كالإبراء لا كالتوفية، ثُمَّ استئناف الهبة[٥] حتى[٦] لا يثبت الرجوع، خلافًا لأبي حنيفة[٧].

الثاني: لو كان الدَّين مؤجلًا، ومات الأصيل وحلّ الدين، لم يطالب الكفيل؛ لأنَّه حيّ[٨]، ولم يلتزم ذلك أصلًا.

---

(١) تقدمت ترجمته في المجلد الثاني من الكتاب (٢/ ٢٩٣).

(٢) سقطت كلمة (ثلاثة) من (أ)، والزيادة من (د، ط، ي).

(٣) لأن إبراءه إسقاط للوثيقة، وذلك لا يقتضي سقوط أصل الدَّين، كفك الرهن. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٨٥).

(٤) في (أ): «عليك به».

(٥) في (ط): «الهبة منه».

(٦) «حتى» لم ترد في (د).

(٧) مذهب الحنفية أنَّه لو وهب الدَّين للكفيل أو تصدّق عليه صحّ ذلك، ويرجع الكفيل به على الأصيل، قال الكاساني: «ولو وهب صاحب الدَّين المال للكفيل يرجع على الأصيل؛ لأن الهبة في معنى الأداء...»، وإذا وهب الدَّين من الأصيل برئ الكفيل ويرجع به على الأصيل. «بدائع الصنائع» (٦/ ١٣)، «البحر الرائق» (٦/ ٢٤٦)، «لسان الحكام» (ص٢٥٥)، «حاشية ابن عابدين» (٥/ ٢٨٢)، قال السرخسي: «وإذا وهب للكفيل وقبله رجع به على الذي عليه الأصل...» «المبسوط»(٢٠/ ٩٣).

(٨) «حي» لم ترد في (ق).

[الثالث: لو قضى[١] الضامن، ثُمَّ وهب[٢] منه بعد القبض، ففي الرجوع خلاف[٣]، كما في هبة الصداق[٤]][٥].

الحكم[٦] الثاني

يجوز[٧] للضامن إجبار المضمون له على قَبول الدَّين، مهما أدَّاه؛ لأنَّه صار ملتزمًا، بخلاف ما إذا أدّى دَين غيره متبرّعًا[٨]، فإنَّه لا يجبر على القَبول، بل له ذلك إن أراد.

ومن أصحابنا[٩] من قال: إن كان الضمان[١٠] في صورة لا يرجع إذا ضمن، لا[١١] يلزمه القبول؛ لأن في قبوله إدخال المال في ملك المضمون عنه ضمنًا، ثُمَّ وقوعه عن جهته، وهو ضعيف.

---

(١) في (ط): «قبض من الضامن».

(٢) في (ط، د): «وهبه».

(٣) قال النووي: «أدَّى الضامن الدَّين ثُمَّ وهبه رب الدَّين له؛ ففي رجوعه على الأصيل وجهان، بناءً على القولين فيما لو وهبت الصداق للزوج ثُمَّ طلقها قبل الدخول. قلت: الأصح الرجوع». «روضة الطالبين» (٤/ ٢٦٩ ـ ٢٧٠)، «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٩٤)، «المهذّب» للشيرازي (١/ ٣٤٢).

(٤) لو وهبت المرأة الصداق للزوج ثُمَّ طلقها قبل الدخول؛ فإنَّه يرجع عليها بنصفه. «مغني المحتاج» ٢/ ٢١٠).

(٥) ما بين المعقوفتين سقط من (أ)، والزيادة من (د، ي، ط) باختلاف يسير بين النسخ.

(٦) كلمة «الحكم» سقطت من (أ)، والمثبت من (ق، د، ط، ي).

(٧) في (ق، د): «يتجدد» والصحيح ما أثبتناه من (ي، ط).

(٨) ورد في (أ): «تبرعًا»، ولم يرد في (د)، وما أثبتناه هو الأصح من (ي، ط).

(٩) ورد في (أ): «الأصحاب»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(١٠) في (ق): «الضامن».

(١١) في (أ): «لم يلزمه»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

الحكم الثالث

يتجدَّد[(١)] للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليصه بقضاء [الحق][(٢)].

اتفق [عليه][(٣)] الأصحاب سوى القفال، فإنَّه قال: ليس له[(٤)] ذلك ـ في وجه حكاه ـ.

ولو حُبس فهل له أن يقول: احبسوا المضمون عنه معي؟ فيه وجهان[(٥)].

أمَّا المطالبة بتسليم الدَّين إلى الضامن قبل أن يغرم الضامن، ففيه[(٦)] وجهان[(٧)]:

أحدهما: لا؛ لأنَّه رجوع قبل الأداء.

والثاني: نعم؛ لأنَّه ملتزم له، فله الاستيفاء منه.

---

(١) قال الرافعي: «أصل مسائل الفصل وجهان: خرّجهما ابن سريج في أن مجرد الضمان هل يثبت حقًّا للضامن على الأصيل ويوجب علقة بينهما أم لا؟ ففي وجه يوجب؛ لأنَّه اشتغلت ذمته بالحق كما ضمن، فليثبت له عوضه على الأصيل، وفيه وجه: لا، لأنَّه لا يفوت عليه قبل الغرم شيء».
انظر: «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٨٦).

(٢) الزيادة من (ط، ي)، وفي (د): «الدين» بدل «الحق».

(٣) الزيادة من (د، ي، ط).

(٤) قال الرافعي: والمشهور الأول «أي ما اتفق عليه الأصحاب». «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٨٦).

(٥) إن أثبتنا العلقة بين الضامن والأصيل يجوز للضامن حبسه وإلَّا فلا، وهو الأصحّ. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٨٧)، «الروضة» (٤/ ٢٦٥).

(٦) في (د): «فيه».

(٧) ذكرهما النووي ولم يرجح وجهًا منهما «روضة الطالبين» (٤/ ٢٦٥)، وقال الرافعي: «وفي تمكن الضامن من تغريم الأصيل قبل أن يغرم ـ حيث ثبت له الرجوع ـ وجهان، ذكرهما الشيخ أبو محمد والإمام بناءً على الأصل المذكور: إن أثبتنا له حقًّا على الأصيل بمجرد الضمان، فله أخذه، وإلَّا فلا». «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٨٧).

وينبني على هذا أنَّه [إذا][١] صار مستحق دين عليه، فله أن يشترط كفيلًا عنه في أصل الضمان، وله الإبراء [عنه][٢] والمصالحة.

وفي طريقة العراق: أنَّه لو سلّم إلى الضامن ما سيجب[٣] له بقضاء الدين، هل يملكه؟ فيه[٤] وجهان[٥]، ووجه[٦] **التمليك**: أنَّه يستحق بسببين: الضمان والقضاء[٧]، وقد جرى أحدهما، فكان كاليمين مع الحنث، ومأخذ[٨] الخلاف ممَّا ذكره[٩] أولى.

الحكم الرابع:
الرجوع بعد الأداء

ونقدم[١٠] عليه أنَّه لو أدَّى دَين غيره من غير ضمان بغير إذنه؛ لم يرجع. وإن أدَّى بإذنه مع شرط الرجوع؛ رجع عليه. وإن أطلق الإذن؛ فوجهان[١١]

---

(١) الزيادة من (د)، وفي (ط): «إن»، وسقط من (ي).
(٢) الزيادة من (د)، ولم ترد في (أ، ط، ي).
(٣) في (أ): «ما يجب» من غير سين، والمثبت من (د، ط، ي).
(٤) «فيه» لم يرد في (د، ط، ي).
(٥) بناءً على الأصل السابق، وذلك إن أثبتنا له حقًّا على الأصيل بمجرد الضمان فله ذلك وإلَّا فلا. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٨٧)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٦٥).
(٦) في (د، ط): «وجه» بواو واحدة.
(٧) ورد في (أ): «الأداء»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٨) في (أ، ي): «وأخذ»، وفي (د): «وفك»، والأولى ما أثبتناه من (ط).
(٩) في (د): «ذكرنا».
(١٠) في (أ): «أو تقدم»، وفي (د، ي): «وتقدم»، والأولى ما أثبتناه من (ط).
(١١) في (أ): «فيه وجهان»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي). والأصح أن له الرجوع في هذه الحالة أيضًا كما لو شرط الرجوع، صرّح به النووي في «الروضة» (٤/ ٢٦٦)، وقال الرافعي: الحكم بالرجوع أولى، ثُمَّ ذكر خلاف العلماء في الهبة المطلقة. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٨٩).

يقربان من القولين في أن الهبة المطلقة هل تقتضي ثوابًا بالعرف؟

ولو[١] قال: أدِّ دين فلان؛ لم يرجع على الأمر قطعًا. ولو قال: أدّ دَين الضامن عني؛ فهو كما لو قال: أدّ ديني؛ لأن له فيه غرضًا.

فرعٌ:

لو صالح المأذون على غير جنسه[٢]، **فثلاثة أوجه:**

أحدها: لا يرجع؛ لأن ما أداه غير مأذون فيه، فبطل[٣] أثر الإذن.

والثاني: يرجع[٤]؛ لأنَّه مأذون[٥] في أصل الأداء، وهذه مراضاة في التفصيل جرى بينهما.

والثالث: إن قال: أدّ ديني؛ رجع. وإن قال: اقضِ ما عليّ؛ لم يرجع. فإن[٦] خالفه[٧] رجعنا إلى الضمان.

فإذا ضمن بإذنه، وأدى بإذنه؛ رجع وإن لم يشترط الرجوع، هذا هو المذهب[٨]؛ لأنَّه إذن في الالتزام والأداء، بخلاف مجرد الإذن في الأداء.

وإن ضمن بغير إذنه، وغرم بغير إذنه؛ فلا رجوع.

---

(١) في (د، ط): «فلو».

(٢) في (د): «الجنس».

(٣) في (أ): «فيبطل تأثير الإذن»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٤) وهذا هو أصح الوجوه، كما نصّ عليه النووي، والرافعي، قال الرافعي: **أصحها**: نعم؛ لأن مقصوده أن يبرئ ذمته وقد فعل. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٩١)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٦٧).

(٥) في (د): «مأذون له».

(٦) في (أ، ي): «فإنه»، والأصح ما أثبتناه من (ط).

(٧) في (د): «خالف»، ونحوه في (ق).

(٨) انظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٦٦).

وإن ضمن بإذنه وأدى بغير إذنه؛ **فثلاثة أوجه**:

أحدها: أنَّه لا يرجع؛ لأن موجب الرجوع [هو][(١)] الأداء، وهو غير مأذون.

والثاني: بلى. وهو المنصوص[(٢)]؛ لأن الإذن في الالتزام إذنٌ في الأداء.

والثالث[(٣)]: أنَّه إن طولب فغرم؛ رجع[(٤)]، وإن ابتدأ مبادرًا إليه؛ لم يرجع.

وإن ضمن بغير إذن[(٥)] وغرم بالإذن، فوجهان مرتبان على من لم يضمن إذا أدّى بالإذن، وأولى[(٦)] بأن لا يرجع؛ لأنَّه سبق التزامه، فأداؤه[(٧)] خروج عن التزام نفسه. وهو الأصح[(٨)].

هذا كله إذا أشهد[(٩)] على الأداء.

فلو لم يُشهد، فلا رجوع له، إلَّا إذا صدّقه المضمون له، والمضمون عنه جميعًا[(١٠)].

---

(١) «هو» سقط من (أ)، والزيادة من (د، ط، ي).

(٢) قال النووي: الأصح المنصوص: يرجع. «روضة الطالبين» (٤/ ٢٦٦). وقال الرافعي: الوجه الأول والثاني مرويان عن ابن سريج، والوجه الثالث ذكره أبو إسحاق. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٩٠).

(٣) في (د): «الثالث» من غير واو.

(٤) ورد في (أ): «يرجع»، والأولى ما أثبتناه من (د، ق، ط، ي).

(٥) في (أ): «الإذن»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٦) في (ط): «فأولى».

(٧) في (أ): «وأداؤه»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٨) وفي وجه يرجع؛ لأنَّه إسقاط الدَّين عن الأصيل بإذنه، وانظر لمزيد من التفصيل: «شرح الوجيز» للرافعي (١٠/ ٣٨٩ ـ ٣٩٠).

(٩) في (أ): «شهد»، والصحيح ما أثبتناه من (ي، ط).

(١٠) «جميعًا»، لم يرد في (د).

فإن صدقه المضمون عنه دون المضمون له، **فوجهان**:

أحدها: يرجع؛ مؤاخذة له بتصديقه.

والثاني: لا؛ لأنَّه لم ينفعه بأدائه، فلا يرجع به(١).

وإن صدّقه المضمون له وكذّبه المضمون عنه؛ **فوجهان**:

أحدهما: بلى؛ لأن البراءة حصلت باعتراف المضمون له(٢).

والثاني: لا؛ لأن الأصل براءة ذمته، وقول غيره ليس حُجة عليه.

ولو كان بمرأى من المضمون عنه رجع(٣)؛ لأن التقصير منسوب إليه في ترك الإشهاد لا إلى الضامن.

ولو أُشْهِد فماتوا أو غابوا؛ لم يمتنع الرجوع. ولو ادّعى موت(٤) الشهود وأنكر المرجوعُ(٥) عليه أصل الإشهاد؛ فالقول قول مَن؟ **وجهان**(٦):

---

(١) قال الرافعي: وأظهرهما: منع الرجوع، وبه قال أبو إسحاق؛ لأنَّه لم يؤد بحيث ينتفع به الأصيل، فإنَّ رب الدَّين منكر وطلبته بحالها. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٩٨). وانظر كذلك: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٧١)، فقد نصّ على أن القول بعدم الرجوع هو الأصح.

(٢) وهذا هو الأصح في المذهب الشافعي كما نصّ عليه الرافعي، والنووي. انظر: «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٩٩)، فقد قال الرافعي: وأظهرهما ثبوت الرجوع لسقوط الطلبة بإقراره، وإقراره أقوى من البينة مع إنكاره. وانظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٧٢).

(٣) هذا هو ظاهر المذهب المنصوص، وقد حكى الشيخ أبو حامد وآخرون وجهًا أنَّه لا يرجع كما لو ترك الإشهاد في غيبته، كذا ذكره الرافعي في «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٩٩)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٧٢).

(٤) في (أ): «ثبوت»، والأصح ما أثبتناه من (د، ق، ط، ي).

(٥) في (أ): «الرجوع»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ق، ط، ي).

(٦) في (د): «فيه وجهان».

أحدهما: [١]يرجع؛ إذ الاحتراز عنه غير ممكن، والأصل عدم التقصير.

والثاني: لا؛ لأن[٢] الأصل عدم الإشهاد[٣].

ولو قال: أشهدتُ زيدًا وعمرًا[٤]؛ فقالا: كذب؛ فهو كترك الإشهاد. ولو قالا: لا ندري لعلنا نسينا؛ فوجهان[٥].

ولو[٦] أشهد رجلًا وامرأتين؛ رجع. ولو أشهد مستُورَين، فعُدّلا[٧]؛ رجع، وإن لم يعدّلا؛ فوجهان[٨] يقربان من الخلاف في انعقاد النكاح

---

(١) في (أ): «أن القول قول المدعي وله أن»، ولم يرد في (د، ط، ي).

(٢) في (أ): «بل»، والمثبت من (د، ط، ي)، وهو الصحيح.

(٣) والقول الثاني هو الأصح في المذهب، كما نصّ عليه الرافعي، والنووي، يقول الرافعي: ولو قال الضامن أشهدت ـ وماتوا ـ؛ فأنكر الأصيل الإشهاد؛ ففيه وجهان: **أصحّهما**: أن القول قول الأصيل؛ لأن الأصل عدم الإشهاد. والثاني: أن القول قول الضامن؛ لأن الأصل عدم التقصير. ولأنَّه قد يكون صادقًا، وعلى تقدير الصدق يكون منعه من الرجوع إضرارًا، فليصدّق للضرورة كما يصدّق الصبي في دعوى البلوغ، إذ لا يعرف إلَّا من جهته. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٩٩). «روضة الطالبين» (٤/ ٢٧٢).

(٤) في (ق): «عمروا»، وفي (أ): «عمرو»، والمثبت من (د).

(٥) والصحيح الراجح أنَّه لا رجوع، كما ذكره علماء الشافعية، وعزوا ذلك للإمام، قالوا: وإن قالوا لا ندري وربَّما نسينا؛ فلا رجوع، كما رجحه الإمام. انظر: «حواشي الشرواني» (٥/ ٢٨٠)، «شرح زيد بن أرسلان» (١/ ٢٠٥)، «مغني المحتاج» (٢/ ٢١١).
أمَّا النووي والرافعي، فقالا: ففيه تردد للإمام. ولم يرجّحا قولًا. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٩٩)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٧٢).

(٦) في (د): «فلو».

(٧) في (ق): «مغدولًا».

(٨) والصحيح من الوجهين أن له الرجوع، كما صرّح بذلك النووي، والرافعي، =

بشهادتهما[(١)]. ولو أشهد واحدًا ليحلف معه؛ [فوجهان][(٢)]، **ووجه التقصير**: أن القاضي ربَّما يكون حنفيًّا. ثُمَّ لو كذَّبه المضمون له وطالبه[(٣)] مرة أخرى، فأشهد على الأداء الثاني؛ فالصحيح أنَّه يرجع الآن. وقيل: إنَّه إذا لم يرجع بالأول فهو مظلوم بالثاني بزعمه، فلا يرجع أيضًا [به][(٤)].

فروع [ثلاثة][(٥)]:

* **الأول**: لو صالح الضامن المضمون له[(٦)]؛ نُظر: فإن سُومح بمقدار أو بصفة فيه؛ لم يرجع إلَّا بما بذل. ولو صالح[(٧)] على عوض[(٨)] يساوي تسعمائة عن دين مبلغه ألف؛ **فوجهان**:

أحدهما: يرجع بتمام الألف، فإنَّ المسامحة معه في شراء ماله بالغبن[(٩)] مخصوص به.

= قال الرافعي: وأولاهما الاكتفاء؛ لأنَّه لا اطلاع له على الباطن فكان معذورًا. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٩٧)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٧١).

(١) قال النووي: وينعقد النكاح بشهادة المستورين على الصحيح، وقال الإصطخري: لا. «الروضة» (٧/ ٤٧).

(٢) الزيادة من (د، ط، ي). وأصحّ الوجهين أنَّه يكفي ويرجع؛ لأن الشاهد مع اليمين حجة كافية لإثبات الأداء. كذا ذكره الرافعي في «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٩٧)، والنووي في «الروضة» (٤/ ٢٧١).

(٣) في (أ): «فطالبه»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٤) الزيادة من (د، ط، ي).

(٥) الزيادة من (د).

(٦) ورد في (أ) زيادة: «عن ديونه» ولم ترد في أي نسخة أخرى، وفي (ي): «المضمون عنه»، والصحيح ما أثبتناه من (ط).

(٧) من قوله: «نظر» إلى قوله: «ولو صالح» سقط من (د).

(٨) ورد في (أ): «عرض»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٩) في (ق): «بألف»، وفي (أ): «بالغير»، والصحيح هو المثبت من (ط، ي).

والثاني: لا[١]، [بل لا يرجع إلَّا بما بذله][٢]؛ فإنَّه لم يبذل إلَّا قدر تسعمائة.

ولو صالح الضامن المضمون له على خمر[٣]، وكانا ذمّيين، والمضمون عنه مسلم؛ ففي صحة الصلح وجهان. فإن صحّحنا [وقلنا][٤]: الرجوع بما بذله؛ فهاهنا لا مطمع[٥] فيه. وإن قلنا: الرجوع بالدَّين؛ رجع[٦].

* **الثاني**: إذا ضمن العبد عن[٧] سيده بإذنه، وأداه بعد الحرّية من كسبه؛ ففي رجوعه وجهان[٨] يقربان من الخلاف في استمرار الإجارة بعد العتق[٩].

---

(١) وهذا هو الوجه الأصح في المذهب، كما نصّ عليه العلماء، قال الرافعي: لو صالح من ألف على عبد يساوي تسعمائة، فوجهان. وقيل: **قولان**: **أصحهما**: أنَّه لا يرجع إلَّا بتسعمائة؛ لأنَّه لم يغرم سواها...». «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٩١)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٦٧).

(٢) الزيادة من (ط، د)، وفي (ي): «بل فإنَّه لم يبذل».

(٣) ورد في (أ): «عمر»، وهو تصحيف، والصحيح ما أثبتناه من (د، ق، ط، ي).

(٤) الزيادة من (د، ط، ي).

(٥) ورد في (أ): «يطمع»، والمثبت من (د، ق، ط، ي).

(٦) قال النووي: «الأصح لا يبرأ ولا يرجع»، أي: لا يبرأ المسلم ولا يرجع الضامن عليه. «روضة الطالبين» (٤/ ٢٦٨). ولم يرجح الرافعي في المسألة أيَّ قول.

(٧) في (ي): «من» بدل «عن».

(٨) قال الرافعي: إذا ضمن العبد بإذن السيد وأدى مال الضمان في رقِّه، فحق الرجوع للسيد، وإن أداه بعد ما عتق فحق الرجوع للعبد في أصح الوجهين. «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٦٢).

(٩) فقد نصّ العلماء على أن الإجارة لا تنفسخ على الصحيح في المذهب.
انظر: «روضة الطالبين» (٥/ ٢٥١)، «حواشي الشرواني» (١٠/ ٤٢٧)، «مغني المحتاج» (٢/ ٣٥٩)، «منهاج الطالبين» (ص٧٨).

* **الثالث**: لو ضمن السيد عن عبده بإذنه، وأداه بعد عتقه؛ رجع عليه. وإن[١] أدّاه قبل العتق؛ رأى الأصحاب أنَّه[٢] يرجع، وفيه نظر من حيث إن فيه إثبات دين للسيد على عبده[٣] في دوام الرق.

وإن ضمن السيد عن العبد المأذون دين[٤] التجارة، فهل يرجع بعد العتق؟

إن قلنا: إن العبد لو أدَّاه رجع على السيد، فالسيِّد لا يرجع [عليه][٥].

وإن قلنا: لا يرجع، فوجهان. [و][٦]**وجه المنع**: أن السيد إنَّما يرجع[٧]؛ لأنَّه يقول[٨]: ضمنت بإذنك. فللعبد أن يقول: وأنا التزمت دين التجارة بإذنك. فيَتقاوَم[٩] الأمران؛ فلا رجوع.

❑ ❑ ❑

(١) في (أ): «فإن»، والمثبت من (د، ط، ي).
(٢) هكذا في الأصل، وقد ورد في (د): «رأيت الأصحاب يقولون: إنه»، وفي (ط): «رأيت للأصحاب»، وفي (ي): «رأت الأصحاب»، ومؤدى الجميع واحد.
(٣) في (أ): «العبد»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٤) ورد في (أ): «في» بدل «دين»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٥) الزيادة من (د، ط، ي).
(٦) الزيادة من (د، ي): ولم ترد في (ط).
(٧) ورد في الأصل هنا زيادة «به»، ولم ترد في النسخ الأخرى، والصحيح حذفها.
(٨) في (أ): «هول»، وهو خطأ واضح، والصحيح ما أثبتناه من (د، ق، ط، ي).
(٩) في (ط، ي، د): «فيقاوم».

البابُ الثَّالث

في الاختلاف

وفيه مسألتان:

إحداهما:

فيما يُسمع من تناقض قول المدّعي

مثاله: أن من باع شيئًا من رجلين بألف، بشرط[١] أن يكون كل واحد منهما[٢] ضامنًا عن صاحبه، بطل البيع؛ لأنَّه شرط على المشتري التزام غير الثمن.

و[لكن][٣]، لو جرى الضمان[٤] من غير شرط؟ صحّ من كل جانب، وكان له أن يطالب من شاء[٥] بألف.

فلو أخذ من أحدهما خمسمائة و[٦]قال: أديته عن جهة الضمان، وحصّتك باقية، فالقول قول المؤدي.

---

(١) ورد في (د): «وشرط»، وكذلك في (ط).
(٢) «منهما» لم يرد في (د، ط، ي).
(٣) الزيادة من (د، ط، ي).
(٤) في (د): «للضمان».
(٥) في (د): زيادة «منهما».
(٦) في (د): «فقال».

وإن حلف على أنَّه أدّى عن جهة نفسه[١]، فهل له أن يطالبه عن جهة الضمان؟ [فيه][٢] وجهان[٣]:

أحدهما: لا؛ لأنَّه يناقض قوله الأول، إذ اعترف في دعواه ببراءته عن جهة الضمان.

والثاني: قطع به القفال، وهو الصحيح: أنَّه يجوز؛ إذ بنى ذلك على خيال[٤]، وانكشف[٥] بيمينه، فلا يبطل حقه.

وهو كما لو ادَّعى على المشتري أن المُشتَرَى غصب[٦]، فقال مُنكرًا: بل هو مِلكي، ومِلك من اشتريت منه؛ فأُقيمت البيِّنة؛ فإنَّه يرجع على البائع بالثمن[٧]، وإن كان قد اعترف له بالصدق، وأنه[٨] مِلكه، ولكن قيل: هو بناءٌ[٩] على ظاهر[١٠]، وقد ظهر بالبينة نقيضه.

---

(١) ورد في (د، ط): «فلو حلف أنَّه أدى عن جهة»، وفي (ي): «فإن حلف على أنَّه أدى من جهة نفسه».
(٢) الزيادة من (د).
(٣) في (ط): «فوجهان».
(٤) ورد في (أ): «خاله»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي)، كما ورد في (ق): «خياله».
(٥) في (أ): «وقد انكشف»، والمثبت من (د، ط، ي).
(٦) في (د): «مغصوب».
(٧) قال في «أسنى المطالب»: لو قال المشتري لمدّعي ملك ما اشتراه على وجه الخصومة: هو ملكي، وملك بائعي؛ فله الرجوع على البائع بالثمن. إذا ثبت أنَّه للمدّعي.
(٨) في (أ): «فإنه»، والمثبت هو الصحيح من (د، ط، ي).
(٩) ورد في (ق): «بنا»، ونحوه في (ي)، وفي (د، ط): «بنى».
(١٠) في (أ): «ظاهر اليد»، وكلمة «اليد» لم ترد في (د، ط، ي).

ومن الأصحاب من طرَّد وجهًا: أنَّه لا يرجع؛ إذ[١] كان حقه أن يقول: لا يلزمني تسليمه إليك. ولا يقرّ للبائع بالملك. وهو بعيد.

ولو ادعى على شخص [ضمانًا][٢] عن غائب فأنكر، فأقيمت البينة، فغرم؛ فأراد الرجوع على الغائب؛ نقل المزني أن له ذلك[٣].

وهذا بعيد؛ لأنَّه قطع بنفي الضمان، وهو فعله الذي ينفيه[٤]؛ فالرجوع مناقض له[٥].

فمن الأصحاب من قال: لا يرجع، وهو الأصح[٦]، ويحمل[٧] كلام المزني على ما إذا سكت، أو أنكر وكيله، ولم يُنكر هو بنفسه[٨].

ولو قال الكفيل: أبرأتَ الأصيلَ فبرئتُ. فحلف المستحق، فهل للكفيل مطالبة الأصيل، وهو مناقض لما تقدم منه؟ فيه وجهان:

---

(١) في (أ): «إذا»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ق، ط، ي).
(٢) الزيادة من (د، ط، ي).
(٣) انظر: «مختصر المزني» (٢/ ٢٢٨، ٢٢٩).
(٤) ورد في (د، ط): «يتيقنه».
(٥) ورد في (أ): «لقوله»، والصحيح ما هو المثبت من (د، ط، ي).
(٦) كذا ذكره الرافعي في «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٩٦).
(٧) في (د): «ومحمل».
(٨) جاء في نسخة (ط) هامش وتعليق على محمل كلام المزني، ونصّه كما يلي:
«ويجوز أن يحمل على ما إذا أنكر الضمان وسلّم ثبوت المال في ذمة الغائب، وهذا الإنكار لو كان مانعًا لكان مانعًا للرجوع بجهة غرامة المضمون، ومن الجائز أن يكون هذا الرجوع باعتبار أن المدعي ظلمه وأخذ ما على الغائب منه، وللظالم مثل المأخوذ على الغائب، فيأخذ حقه بما عنده».
قلت: وهذا النص مقتبس من «شرح الوجيز» بشيء من التعديل، دون العزو له.
انظر: «شرح الوجيز» (١٠/ ٣٩٦).

الأسدّ[١]: الجواز؛ لأنَّه قد يدّعي ذلك عن سماع وظن، فيتبيّن[٢] بالحلف نقيضه.

وكذلك لو تكفّل، ثُمَّ قال: كنت أبرأت قبل كفالتي ولم أعرف، فهل يُسمع دعواه للتحليف؟ فيه وجهان يجري[٣]، في كل دعوى محتمل[٤] يناقضه[٥] عقد سابق.

المسألة الثانية

ادَّعى ضمانًا بألف، وأقام شاهدًا أنَّه ضمن ألفًا، وآخر أنَّه ضمن خمسمائة، **ففي ثبوت الخمسمائة وجهان:**

أحدهما: نعم؛ كما لو أطلق دعوى الألف من[٦] غير إسناد إلى ضمان.

والثاني: لا؛ لأنهما لم يتفقا على شيء واحد، وضمان الألف يخالف ضمان الخمسمائة، [بخلاف الدَّين المطلق.

ولو شهد الآخر أيضًا على الألف، ولكن قال: قد قضى منه خمسمائة][٧]؛ ففي ثبوت تمام الألف **وجهان:**

أحدهما: نعم؛ لأنهما اتفقا عليه، وانفرد أحدهما بشهادة قضاء الدين، فيلغو[٨].

---

(١) ورد في (أ): «الأسيد»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي، ق).

(٢) في (ي، د): «فسين»، وفي (ط): «فتبين».

(٣) في (د): «يجريان».

(٤) ورد في (أ): «محتملة»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٥) ورد في (د): «يناقضها».

(٦) ورد في (د): «عن».

(٧) ما بين المعكوفتين سقط من (أ)، وأضيف من (د، ط، ي).

(٨) في (أ): «فيلغوا»، والصحيح هو المثبت من (ط، ي).

والثاني: لا؛ لأنَّه وصل بشهادته ذلك؛ فكأنه[١] لم يشهد إلَّا على خمسمائة.

ثُمَّ لا شك أنَّه لو حلف مع شاهد على قضاء الخمسمائة[٢]؛ يُقضى له [به][٣]، بشرط أن تُعاد الشهادة، فإنَّها جرت قبل الاستشهاد.

❑❑❑

---

(١) في (أ): «وكأنه»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٢) في (د): «أنَّه قضا الخمسمائة»، ونحوه في (ط) من غير «أنه».

(٣) الزيادة من (د، ط، ي).



[٢٦]

كتابُ الشّركة(١)

---

(١) الشركة: بكسر الشين وسكون الراء، وحكي بفتح الشين وسكون الراء وكسرها، وشِرْك، بلا هاء، قال تعالى: ﴿وَمَا لَهُمْ فِيهِمَا مِن شِرْكٍ﴾، أي: نصيب، **وهي لغة**: مخالطة الشريكين، يقال: اشتركنا بمعنى تشاركنا، وقيل: اختلاط نصيبين فصاعدًا لامتزاج واجتماع، وقيل: اختلاط شيء بشيء.

وفي الاصطلاح: فقد عرّفها الفقهاء بتعاريف كثيرة مفادها واحد تقريبًا.

فقد عرفها الحافظ ابن حجر بقوله: «ما يحدث بالاختيار بين اثنين فصاعدًا من الاختلاط لتحصيل الربح» وعرّفها الخطيب الشربيني بقوله: «ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع»، وعرَّفها النووي بقوله: «كل حق ثابت بين شخصين فصاعدًا على الشيوع».

والأصل فيها القرآن الكريم والسُّنَّة الشريفة والإجماع: يقول الله عزَّ وجلَّ: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢]، وقال تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾ [صٓ: ٢٤]، وقوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ الآية [الأنفال: ٤١].

ومن السُّنَّة أحاديث كثيرة منها: حديث أبي هريرة (رضي الله عنه) عن النبي ﷺ قال: «**إن الله تعالى يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانه خرجت من بينهما**»، رواه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٦٠: ٢٣٢٢)، وقال: هذا حديثٌ صحيح الإسناد ولم يخرِّجاه، وأقرَّه الذهبي، كما رواه أبو داود في «سننه» كتاب البيوع (٣٣٨٣)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٧٨: ١١٢٠٦).

وحديث سليمان بن أبي مسلم قال: سألت أبا المنهال عن الصّرف يدًا بيد فقال: =

الشركة معاملة صحيحة وليس عقدًا برأسها[١]، [و][٢]إنَّما هي وكالة على التحقيق، وإذْنُ كل واحد من الشريكين[٣] لصاحبه في التصرف في المال المشترك.

وفيه ثلاثة فصول:

❋ ❋ ❋

= اشتريت أنا وشريك لي شيئًا يدًا بيد ونسيئة، فجاءنا البراء بن عازب، فسألناه فقال: فعلت أنا وشريكي زيد بن أرقم، وسألنا النبي ﷺ عن ذلك فقال: «**ما كان يدًا بيد فخذوه، وما كان نسيئة فذروه**»، رواه البخاري في «صحيحه» كتاب الشركة (٢٤٩٨). وعن زهرة بن معبد: «أنَّه كان يخرج به جده عبد الله بن هشام إلى السوق، فيشتري الطعام، فيلقاه ابن عمر، وابن الزبير (رضي الله عنهما) فيقولان له: أشركنا، فإنَّ النبي ﷺ قد دعا لك بالبركة، فيشركهم فربَّما أصاب الراحلة كما هي، فيبعث بها إلى المنزل».

رواه البخاري في «صحيحه» كتاب الشركة (٢٥٠٢).

أمَّا الإجماع: إجماع الجميع على أن الشركة بين الشريكين بالدنانير والدراهم على الوجه الجائز جائزة.

انظر للتفصيل: «الإقناع لمسائل الإجماع» (٣/ ١٦٢٢)، «لسان العرب» (١٠/ ٤٤٨)، «أنيس الفقهاء» (ص١٩٣)، «التعاريف» (ص٤٢٩)، «تحرير ألفاظ التنبيه» (ص٢٠٥)، «مغني المحتاج» (٢/ ٢١١)، «فتح الوهاب» (١/ ٣٦٩)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٧٥).

(١) في (أ): «برأسه»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٢) الزيادة من (د، ط، ي).

(٣) في (د): «إذن من كل واحد من الشركاء»، وفي (ط): «إذن من كل واحد من الشريكين».

الفَصْلُ الأوَّل

فـي أركـانـه

وهي ثلاثة:

الأول:

المال الذي فيه الشركة

[والشركة أنواع.

والصحيح واحدة][١]؛ وهي شركة العنان[٢]، اشتقت من عنان الدابة؛ لتساوي جانبيه، فكأنهما يتساويان في العمل والمال، كعنان الدابة[٣].

---

(١) الزيادة من (ط).

(٢) هذه الشركة صحيحة بالإجماع، وهي المتفق على جوازها. «إعانة الطالبين» (٣/ ١٠٤).

(٣) وإمَّا لأن الآخذ بعنان الدابة حبس إحدى يديه على العنان والأخرى مطلقة يستعملها كيف شاء، كذلك الشريك منع بالشركة نفسه عن التصرف في المشترك كما يشتهي، وهو مطلق اليد والتصرف في سائر أمواله.
وقيل: هي من قولهم: «عنّ الشيءُ» إذا ظهر، إمَّا لأنَّه ظهر لكل واحد منهم مال صاحبه. وإمَّا لأنَّه أظهر وجوه الشركة، ولذلك اتفقوا على صحتها.
وقيل: «من المعانة» وهي المعاوضة؛ لأن كل واحد منهما يُخرج ماله في معاوضة إخراج الآخر.
«شرح الوجيز» (١٠/ ٤٠٥)، «إعانة الطالبين» (٣/ ١٠٤).

* **وله شرائط**[١]:

* **الأول**[٢]: **أن يجري في نقد**[٣]:

فإن جرت في عروض مشتركة؟ **فالأصح**: الجواز؛ إذ لا معنى للشركة إلَّا الإذن في التصرف، والربح متوزّع على قدر المِلكين[٤].
والثاني: المنع؛ لأن مقصودهما الاتِّجار، فأشبه القراض.

* **الشرط الثاني: الاختلاط**:

فإن كان المال مشتركًا على الشّيوع فهو الغرض، وإلَّا فلا بدّ من اختلاط[٥] يمتنع معه التمييز حتَّى يقوم مقام الشركة.

فلو اختلفا في النوع، أو في الصحة، أو في[٦] السكة؛ لم يصح؛ لأنَّه متميز بملكه، وكذلك لو تعذّر التمييز، كما لو خلط السمسم بالكتّان.

ولو خلط الحنطة الحمراء بالبيضاء: ففيه وجهان[٧]؛

---

(١) ورد في (أ): «شروط»، والأولى ما أثبتناه من (د، ق، ط، ي).

(٢) ورد في (د، ق): «الأولى».

(٣) قال الرافعي: «لا خلاف في جواز الشركة في النقدين، وأمَّا سائر الأموال فالمتقومات لا تجوز الشركة عليها، وفي المثليات قولان، وقيل: وجهان: **أحدهما**: المنقول عن رواية البويطي وأبي حنيفة أنَّه لا يجوز، كما لا يجوز في المتقومات، وأصحهما ـ وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق ـ: يجوز؛ لأن المثلي إذا اختلط بجنسه ارتفع معه التمييز فأشبه النقدين...». «شرح الوجيز» (١٠/ ٤٠٧).

(٤) في (د): «المالين».

(٥) ورد في (أ): «ما»، ولم يرد في (د، ق، ط، ي).

(٦) لم ترد «في» في (د).

(٧) قال الرافعي: «وإذا جوَّزنا الشركة في المثليات وجب تساويهما جنسًا ووصفًا، فلا يكفي خلط الحنطة البيضاء بالحمراء لإمكان التمييز وإن عسر. وعن الشيخ أبي علي أن الأستاذ أبا إسحاق ذكر وجهًا في الاكتفاء به لعدّ الناس مثل ذلك خلطًا». «شرح الوجيز» (٣/ ٤٠٨).

[لأن][١] اتحاد الجنس مع عُسر التمييز قد يجعلهما بحكم العرف كالشيء الواحد.

فروعٌ:

ـ **الأوَّل: شركة المفاوضة باطلة** [عندنا][٢]، خلافًا لأبي حنيفة[٣].

وهي[٤]: أن لا يخلطا[٥] ماليهما، ولكن يتفاوضان في الاشتراك في الغنم والغرم في كلّ ما يفيد ويوجب غرمًا. وهو فاسد؛ لأنَّ كلّ واحد متميّز بملكه وجنايته، فكان متميّزًا بثمرته وغرامته.

---

(١) الزيادة من (ق).

(٢) الزيادة لم ترد في (ق، ط، ي).
وقد فسَّر النووي المفاوضة بقوله: وهي أن يشتركا ليكون بينهما ما يكسبان ويربحان ويلزمان من غرم ويحصل من غنم، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٧٩)، وقد نصّ على بطلانها الإمام الشافعي (رحمه الله) وأتباعه: انظر: «الأم» (٣/ ٢٣١ و٧/ ١٣٤)، وقد قال (رحمه الله): «وشركة المفاوضة باطلة، ولا أعرف شيئًا من الدنيا يكون باطلًا إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة...». ووجه البطلان: أن هذه الشركة تشتمل على أنواع من الغرر وأصناف من الجهالات، والنبيّ ﷺ نهى عن الغرر.

(٣) قال السرخسي: فأمَّا شركة المفاوضة فهي جائزة عندنا، وقد اشترطوا أنها لا تصح إلَّا بلفظ المفاوضة، قال المرغيناني: وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانًا، وفي القياس لا تجوز، وهو قول الشافعي،... وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسَّلام: «**فاوضوا فإنَّه أعظم للبركة**»، وكذلك الناس يعاملونها من غير نكير، وقالوا: إن حجتهم في ذلك أن هذه الشركة تتضمن الكفالة والوكالة، وكل واحد منهما صحيح مقصودًا، فكذلك في ضمن الشركة.
وانظر لمزيد من التفصيل: «المبسوط» للسرخسي (١١/ ١٥٣)، «الهداية» (٣/ ٣)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ٩)، «شرح فتح القدير» (٦/ ١٥٦، و١٥٧).

(٤) في (د، ط، ي): «وهو».

(٥) في (أ): «أن يختلطا»، وفي (ق): «أن يخلطا» وكلاهما خطأ، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

ـ **الثاني: شركة الأبدان باطلة**[١]**، خلافًا لأبي حنيفة**[٢].

وهي[٣]: اشتراك الدلّالين والحمّالين في أجرة أعمالهم؛ لأنَّ كلّ واحد متميّز باستحقاق منفعته، فاختصّ باستحقاق[٤] بدله.

ـ **الثالث: شركة الوجوه باطلة**[٥].

وهي[٦]: أن يبيع الوجيه المقبول اللهجة في البيع مال الخامل

---

(١) في (أ): «عندنا»، ولم ترد في أي نسخة أخرى.

(٢) وقد نصّ على بطلان هذه الشركة علماء المذهب الشافعي، وعلى رأسهم الشيرازي فقد قال: وأمّا شركة الأبدان وهي الشركة على ما يكتسبان بأبدانهما فهي باطلة، لما روت عائشة (رضي الله عنها) أن النبي ﷺ قال: «**كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل**»، وهذا الشرط ليس في كتاب الله، فوجب أن يكون باطلًا. «المهذّب» (١/ ٣٤٦)، وعلّل آخرون، فقالوا: وهي باطلة لعدم المال، ولما فيها من الغرر، إذ لا يدري أن صاحبه يكسب أم لا.
انظر: «مغني المحتاج» (٢/ ٢١٢)، «إعانة الطالبين» (٣/ ١٠٥).
هذا، وقد ذكر الرافعي عن صاحب «التقريب» أن لبعض الأصحاب وجهًا كمذهب أبي حنيفة. «شرح الوجيز» (١٠/ ٤١٤).
وتسمَّى كذلك عندهم شركة التقبل، وهي أن يشترك الصانعان في تقبل الأعمال كالخياطة والقصارة ونحو ذلك، وقد نصّ على جوازها السرخسي في «المبسوط» (١١/ ١٥١)، والسمرقندي في «تحفة الفقهاء» (٣/ ١١)، والكاساني في «البدائع» (٦/ ٥٧). وانظر: «شرح فتح القدير» (٦/ ١٨٦).

(٣) في (د، ط، ي): «وهو».

(٤) في (د): «باختصاص».

(٥) لم يذكر المؤلف (رحمه الله) خلاف الإمام أبي حنيفة (رحمه الله) في هذه المسألة كما ذكره في الفرع الأول والثاني. والأحناف يجوّزون شركة الوجوه، وقد نصّ عليه علماؤهم، وهي تسمّى كذلك شركة المفاليس.
انظر لمزيد من التفصيل وأدلة المذهب: «المبسوط» للسرخسي (١١/ ١٥٢)، «بداية المبتدي» (ص١٢٨)، «الهداية» (٣/ ١١)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ١١)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٥٧).

(٦) في (د، ط، ي): «وهو».

المجهول بربح، على أن يكون بعض الربح له، فالربح كله لصاحب المال، وله أجرة تعبه إن عمل، وإن لم يصدر منه(١) إلَّا كلمة لا تعب فيها، فلا قيمة لها.

ـ **الرابع**: إذا كان لواحد بغلة ولآخر(٢) راوية، وشاركهما ثالث يستقي(٣) الماء بنفسه، ويكون مشتركًا بينهم: فإن استقى ناويًا نفسه اختص بالملك، ولهما عليه أجرة المثل. وإن قصد الشركة في الماء ففيه وجهان، مأخذهما: أن الاستنابة هل تؤثر في إحراز المباحات حتَّى ينصرف الملك عن المحرز بالقصد؟ وسنذكره في الوكالة.

فإن قلنا: يؤثر(٤)؛ فالتوزيع هاهنا على عدد الرؤوس، أو على قدر أجرة المثل؟ فيه وجهان(٥).

---

(١) قوله: «منه» ليس في (د).

(٢) في (د): «للآخر».

(٣) في (أ): «ليسقي»، والمثبت من (د، ط، ي).

(٤) وهذا هو الأصح، كما نصّ عليه الرافعي، والنووي في كتبهما. انظر: «شرح الوجيز» (١٠/ ٤١٨)، ونصه: «وإن جوّزنا (أي الإنابة) وهو الأصح...». ونحوه في «روضة الطالبين» (٤/ ٢٨١). وقد أطلق القول بالجواز الشيخ الشربيني في «مغني المحتاج» (٢/ ٢١٦)، فقال: «فإن قصد الشركة بالاستقاء في المباح فهو بينهم لجواز النيابة في تملك المباحات...».

(٥) قال الرافعي: «وفي كيفية الشركة وجهان: **أحدهما**: أنَّه يقسم بينهم على نسبة أجور أمثالهم؛ لأنَّه حصل بالمنافع المختلفة، وهذا ما أورده الشيخ أبو حامد، ويحكى عن نصه في البويطي، وأصحهما عند الشيخ أبي علي، ولم يورد القفال غيره أنَّه يقسم بينهم بالسوية اتباعًا لقصده، فعلى هذا للمستقي أن يطالب كل واحد من صاحبيه بثلث أجرة منفعته؛ لأنَّه لم ينصرف منها إليه إلَّا الثلث...».
«شرح الوجيز» (١٠/ ٤١٩)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٨١).

فإن قلنا: يتوزع على عدد الرؤوس؛ فيتراجعون بما يتفاوت من أجرة المثل لا محالة.

ولو استأجر بغلة، وراوية، ورجلًا للاستقاء[١]، وأفرد كل إجارة بصفقة؛ فلا شك في الصحة، وأن[٢] الملك في الماء يقع للمستأجر[٣].

وإن[٤] فسدت الإجارة بسبب؛ قال الشيخ أبو علي: وقع الماء أيضًا للمستأجر؛ وإن قصد الأجير أيضًا [الماء][٥] نفسه لتأثير العوض، وفيما إذا قصد نفسه مع فساد الإجارة نظرٌ؛ لأنَّه لا استحقاق ولا قصد من جهة المستقي[٦] إلَّا لنفسه، فينبغي أن يقع له[٧].

وهكذا إذا كان من واحد بذر، ومن آخر آلة الحراثة، ومن ثالث العمل على الاشتراك في الزرع، فالزرع لصاحب البذر، ولهما عليه أجرة المثل، ولا طريق للاشتراك في الزرع إلَّا الاشتراك في البذر[٨].

---

(١) في (أ): «للاستبقاء»، وهو تصحيف، والصحيح ما أوردناه من (د، ق، ط).

(٢) المثبت من (د، ط)، وفي (أ): «لأن».

(٣) وإن جمع بين الكل في عقد واحد؛ ففي صحة الإجارة قولان. «شرح الوجيز» (١٠/ ٤١٩).

(٤) في (أ): «فإن»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط).

(٥) الزيادة من (د).

(٦) في (أ): «المستبقي»، والصحيح ما أوردناه من (د، ق، ط).

(٧) قال الرافعي؛ وموضع القولين (يقصد بهما قول الشيخ أبي علي، وقول المؤلف) ما إذا وردت الإجارة على عين المستقي والبغلة والراوية، فأمَّا إذا ألزم ذمتهم نقلَ الماء، صحت الإجارة لا محالة، إذ ليست هاهنا أعيان مختلفة يفرض جهالة في أجورها، وإنَّما على كل واحد منهم ثلث العمل. «شرح الوجيز» (١٠/ ٤٢٠).

(٨) انظر: «شرح الوجيز» (١٠/ ٤٢٢)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٨٢).

* **الشرط الثالث: اقتران[١] الخلط بالشركة:**

فلو عقد عقد الشركة لفظًا، ثُمَّ جرى الخلط بعده؟ قال الأصحاب: لا يصح[٢]، وفيه نظر محتمل؛ إذ لا معنى للشركة إلَّا الإذن، ولا ينقطع الإذن بالخلط الطارئ، ولا يمتنع في حالة الإفراد.

* **الشرط الرابع: استواء المالين[٣]:**

شرطه أبو القاسم الأنماطي[٤]، وهو هفوة، فلا مستند لاشتراط ذلك أصلًا.

---

(١) ورد في الأصل و(ق): «أقر أنّ»، وهو خطأ، والصحيح هو المثبت من (د، ط).

(٢) قال الرافعي: وينبغي أن يقدم الخلط على العقد والإذن، فإن تأخر فالأظهر: المنع، إذ لا اشتراك عند العقد. **والثاني**: يجوز إذا وقع في مجلس العقد؛ لأن المجلس كنفس العقد، فإن تأخر لم يجز على الوجهين، ومال الإمام (رحمه الله) إلى تجويزه لما سبق أن الشركة توكيل وتوكل، ولو وجد التوكيل والتوكل، والملكان متميزان ثُمَّ فرض الاختلاط لم تنقطع الوكالة، نعم لو قيد بالإذن بالتصرف في المال المنفرد فلا بدّ من تجديد الإذن. «شرح الوجيز» (١٠/ ٤٠٨ ـ ٤٠٩).

(٣) قال الرافعي: ظاهر المذهب أنَّه لا يشترط تساوي المالين في القدر، بل تثبت الشركة مع التفاوت على نسبة المالين، وعن الأنماطي أنَّه يشترط التساوي؛ لأن الربح يحصل بالمال والعمل، وكما لا يجوز الاختلاف في الربح مع تساوي المالين لا يجوز الاختلاف في الربح مع التساوي في العمل. «شرح الوجيز» (١٠/ ٤١٠)، وقال النووي: وقال الأنماطي: يشترط، وهو ضعيف. «الروضة» (٤/ ٢٧٨).

(٤) الأنماطي هو: عثمان بن سعيد بن بشار، أبو القاسم الأنماطي الأحول صاحب المزني والربيع، اشتهرت به كتب الشافعي في بغداد، وتفقه عليه ثلة من الفقهاء الكبار، أمثال: ابن سريج، والإصطخري، وابن خيران، توفي في شوّال سنة ثمان وثمانين ومائتين.
انظر ترجمته في: «تاريخ بغداد» (١١/ ٢٩٢)، «طبقات ابن السبكي» (٢/ ٣٠١)، «وفيات الأعيان» (٢/ ٤٠٦).

* **الشرط الخامس: معرفة مقدار النصيب حالة الشركة:**

وفيه[١] وجهان[٢].

ومأخذه أن الإذن في التصرف مع الجهل بقدر المتصرف فيه على هذا الوجه، هل يصح؟

ولعل الأظهر: الصحة، فالمتفق عليه من جملة الشرائط الخمسة [واحد][٣]، وهو: اختلاط المالين حتَّى ينزل منزلة المشترك، وما عداه مختلف فيه.

الركن الثاني:
صيغة العقد

وهو[٤] أن يقولا: اشتركنا على أن يتصرف[٥] كل واحد منَّا في مال صاحبه، فيرجع حاصل العقد إلى إذن كل واحد [منهما][٦] لصاحبه في التصرف.

فلو اقتصرا[٧] على لفظ الاشتراك؛ ففيه وجهان من حيث إن لمجرَّده ـ بحكم العرف ـ إشعارًا[٨] بالمقصود، وإن لم يصرّح به[٩].

---

(١) في (أ): «فيه» من غير واو، والمثبت من (د، ط).

(٢) أظهرهما أنَّه لا يشترط، إذا أمكن معرفته من بعد. كذا في «شرح الوجيز» (١٠/ ٤١٠)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٢٧٨).

(٣) الزيادة من (د، ط، ي).

(٤) كذا في (ط، ي)، وفي (د): «وهي».

(٥) ورد في (أ): «مصرف»، وهو خطأ، والصحيح ما أثبتناه من (د، ق، ط، ي).

(٦) الزيادة من (د)، وفي (ط، ي): من غير «منهما».

(٧) ورد في (أ): «اقتصر»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي): بصيغة التثنية.

(٨) ورد في (أ): «تجرده بحكم العرف وإشعارًا»، والمثبت هو من (د، ط، ي).

(٩) قال النووي: فلو قالا: اشتركنا واقتصر عليه، لم يكف ذلك على الأصح عند =

الركن الثالث:
العاقدان

ويشترط فيهما ما يشترط في الوكيل والمُوكل، وسيأتي في الوكالة.

نعم، يكره مشاركة أهل الذمة والفساق؛ لأنهم لا يحترزون عن الربا.

❑ ❑ ❑

= الأكثرين. «الروضة» (٤/ ٢٧٥).

وقال الرافعي ـ ويحكى عن أبي علي الطبري ـ: نعم؛ لفهم المقصود عرفًا. «شرح الوجيز» (١٠/ ٤٠٦).

الفَصْلُ الثَّاني
في حكم الشركة [الصحيحة][١]

ولها ثلاثة أحكام:

الحكم[٢] الأول:
تسلُّط[٣] كل واحد على التصرف بشرط الغبطة

سواء انفرد باليد أو كان المال في يدهما، ولا يشترط [أيضًا][٤] كون المال في يدهما؛ لصحة العقد، بل يصح كيف ما كان.

فما[٥] يشتريه أحد لشريكين بعين مال الشركة يقع[٦] مشتركًا، وما يشتريه في الذمة على قصد الشركة أيضًا[٧] يقع[٨] مشتركًا[٩].

---

(١) الزيادة من (د، ط، ي).
(٢) قوله: «الحكم» لم يرد في (د، ط، ي).
(٣) في (د): «أن يتسلط».
(٤) الزيادة من (د، ط، ي).
(٥) ورد في (أ): «وما»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٦) ورد في (أ): «نفع»، وهو تصحيف، والصحيح هو المثبت.
(٧) ورد في (أ): «أيضًا على قصد الشركة» بتقديم كلمة (أيضًا)، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٨) في (أ): «نفع» وهو خطأ.
(٩) انظر لمزيد من التفصيل حول هذا الحكم: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٨٢ ـ ٢٨٣)، «فتح العزيز بشرح الوجيز» (١٠/ ٤٢٢).

الثاني[١]:
أن الربح والخسران
موزّع على نسبة المِلكين[٢]

فلو شرط اختصاص أحدهما بمزيد؛ بطل الشرط[٣]، ويوزّع[٤] على قدر الملك[٥]، خلافًا لأبي حنيفة[٦].

هذا إذا شرط لمن لا يختص بمزيد عمل، فإن شرط للمنفرد[٧] بكل العمل أو ببعضه[٨]؛ **فثلاثة أوجه:**

أحدها: الجواز؛ لأنَّه انضمّ القراض إلى الشركة، فعلى هذا يشترط انفراد العامل باليد.

والثاني: لا[٩]؛ لأن المال إذا كان مشتركًا كان هو الركن والعلة،

---

(١) في (د): «الحكم الثاني».
(٢) في (د): «المالين»، وفي (ط، ي) كما هو في (أ).
(٣) في (أ): «الشركة»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٤) هكذا في (د، ي)، وفي (ط): «وزّع»، بصيغة الماضي.
(٥) في (د): «المال».
(٦) فيجوز عند الأحناف أن يتساوى الشريكان في المال ويتفاضلا في الربح. وقد نصّ عليه العلماء في كتبهم. انظر: «الهداية» للمرغيناني (٣/ ٧)، «المبسوط» للسرخسي (١١/ ١٥٦ ـ ١٥٧)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٦٢)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ٧). هذا، وقد نصوا كذلك على أن الإمام زفر (رحمه الله) لا يجيز اشتراط التفاضل في الربح.
(٧) ورد في (أ): «المنفرد»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٨) في (د): «أو بعضه»، ونحوه في (ق).
(٩) وهذا هو الأصح من هذه الوجوه الثلاث، وقد ذكر الرافعي والنووي وجهين فقط في هذه المسألة وقالا: **أصحهما**: المنع. «شرح الوجيز» (١٠/ ٤٢٦)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٨٤)، وانظر كذلك: «مغني المحتاج» (٢/ ٢١٥).

وعليه حوالة الربح، والعمل ساقط العبرة، بخلاف القراض، فإنَّه لا سبب من جهة العامل إلَّا عمله.

والثالث: [أنه][1] إن انفرد بكل العمل، جاز أن يشترط له، وإن انفرد بمزيد بعد التعاون في الأصل، فلا؛ فإنَّه لا يُدرى الربح حصل بأيّ عمل[2]، فتعينت الإحالة على المال.

الحكم الثالث:
أن الشركة جائزة
تنفسخ[3] بالموت، والجنون، والفسخ

فلو قال أحدهما لصاحبه: عزلتك؛ انعزل المخاطب دون العازل.

ولو قال: فسخت الشركة؛ انعزل كل واحد منهما[4]، وسببه ظاهر.

فإن قيل: ما معنى فساد الشركة إذا لم يكن عقدًا برأسها؟

قلنا: نعني بالفساد: مرةً فساد الإذن، ومرةً فساد الشرط، وذلك عند شرط التفاوت في الربح؛ ومرةً فوات المقصود، وذلك عند تمييز[5]

---

(١) الزيادة من (د، ط، ي).

(٢) في (أ): «بأي عمل حصل»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط). وفي (ي): «الربح بأي عمل»، من غير كلمة «حصل».

(٣) في (أ): «فيفسخ»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٤) قال الرافعي: قال الإمام: ينعزلان عن التصرف؛ لارتفاع العقد، وأشار إلى أن ذلك مجزوم به، لكن صاحب «التتمة» ذكر أن انعزالهما مبني على أنَّه يجوز التصرف بمجرد عقد الشركة، أم لا بدّ من التصريح بالإذن؟ إن قلنا بالأول؛ فإذا ارتفع العقد انعزلا. وإن قلنا بالثاني وكانا قد صرَّحا بالإذن؛ فلكل واحد منهما التصرف إلى أن يعزلا. وكيف ما كان، فالأئمة متطابقون على ترجيح القول بانعزالهما. «فتح العزيز بشرح الوجيز» (١٠/ ٤٢٣).

(٥) في (د): «تميز»، بياء واحدة.

المِلكين[(١)]؛ إذ العوض[(٢)] لا يقع مشتركًا على حسب المراد.

وقد تظهر[(٣)] فائدته في طلب أجرة المثل في العمل الذي صادف نصيب شريكه، إذا كان مختصًّا بمزيد عمل.

وأما[(٤)] إذا صحّت الشركة، فالأصحّ أنَّه لا يطالب بأجرة المثل وإن اختص بمزيد عمل؛ لأن التبرع بتفاوت العمل[(٥)] في الشركة الصحيحة معتاد[(٦)].

❑❑❑

(١) في (د): «المالين».
(٢) في (أ): «المعوض»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٣) في (أ): «يظهر»، والأولى ما أثبتناه من (ط).
(٤) في (د): «فأما».
(٥) في (د): «والعمل».
(٦) ورد في (أ): «معتادًا»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

الفَصْلُ الثَّالث

في الاختلاف

وفيه مسألتان:

إحداهما

أنَّه لو ادَّعى عليه أحد الشريكين الخيانة[١]، لم تسمع الدعوى مطلقًا حتَّى يفصّل، فإدا فصّلها: فالقول قوله مع يمينه إذا أنكر[٢].

ولو ادَّعى أن ما في يده مال شركة[٣]، فأنكره؛ فالقول قوله مع يمينه؛ لأنَّه صاحب اليد، ولو قال: كان من مال الشركة، ثُمَّ خلص لي بالإفراز والقسمة[٤]؛ فأنكر[٥] المُدّعي[٦] القسمة؛ فالقول قوله في إنكار القسمة[٧].

---

(١) ورد في (أ، ق): «الجناية»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٢) كذا في «فتح العزيز شرح الوجيز» (١٠/ ٤٤٠)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٨٦).
(٣) كذا في (د، ط، ي)، وفي (ق): «الشركة».
(٤) كذا في (ط، ي)، وفي (د): «بالقسمة».
(٥) في (د): «وأنكر».
(٦) في (أ) زيادة «عليه»، ولم ترد في (د، ط، ي).
(٧) قال الرافعي: ولو قال صاحب اليد: قسمنا مال الشركة، وهذا مختص بي؛ وقال الآخر: لم نقسم بعد وهو مشترك، فالقول قول نافي القسمة؛ لأن الأصل بقاء الشركة، وعلى مدّعي القسمة البينة. «فتح العزيز بشرح الوجيز» (١٠/ ٤٤١)، «روضة الطالبين» (٤/ ٢٨٦).

وإن اشترى شيئًا ظهر فيه ربح أو خسران، وتنازعا في أنَّه اشتراه لنفسه أو للشركة، فالقول قول المشتري[١]؛ لأنَّه أعرف بنيته، ويد الشريك يد أمانة ما لم تخن[٢]، فلا[٣] ضمان عليه إذا هلك.

فإن[٤] ادَّعى هلاكًا بسبب خفي: فالقول قوله؛ لأن إقامة البيّنة عليه عسير. وإن كان السبب ظاهرًا من حريق أو غارة، فلا بدّ من إثبات السبب، ثُمَّ القول قوله مع يمينه في الهلاك بذلك السبب. هكذا نقل في طريقة العراق.

الثانية

إذا كان بين اثنين عبد مشترك، فوكّل أحدهما صاحبه ببيعه فباع، ثُمَّ ادّعى الموكّل والمشتري أن الوكيل قبض تمام الثمن، وأنكر الوكيل، فلا خصومة بين الموكّل والمشتري، إذْ[٥] اعترف له بتسليم نصيبه إلى الوكيل، ولكن الخصومة بين الموكّل، والوكيل، وبين الوكيل البائع والمشتري.

فإن[٦] تخاصم البائع والمشتري؛ فالقول قول البائع أنَّه لم يقبض. فإن حلف؛ أخذ نصيبه، ولم يأخذ نصيب الموكّل؛ لأنَّه معزول بقول الموكل أنَّه أخذ من قبل، ولا يساهمه الموكل فيما أخذه؛ لأنَّه ظالم فيما أخذه الآن بزعمه.

---

(١) في (د): «قول المشترى مع يمينه».
(٢) في (أ): «لم يخن»، والمثبت هو الأولى من (ط).
(٣) في (ق): «ولا ضمان».
(٤) في (د، ط): «فإذا».
(٥) في (أ): «إذا»، والصحيح ما أوردناه من (ط، ي).
(٦) في (ق): «وإن».

ولو شهد الموكل للمشتري على البائع بالقبض ليحلف معه؛ فشهادته[١] في نصيبه مردودة، وفي نصيب شريكه قولان، سيأتي نظائرهما في الشهادات.

أمَّا إذا تحاكم[٢] الموكل والوكيل؛ فالقول قول الوكيل أنَّه لم يقبض، وليس للمشتري أن يشهد [للموكل][٣] على البائع، فإنَّه يشهد به على براءة نفسه.

فإن نكل الوكيل وحلف الموكّل واستحق[٤] نصيبه؛ فللوكيل مطالبة المشتري بحصّته، ولا يسقط ذلك بنكوله، وبيمين الموكّل.

وحكي وجه أنَّه إذا قيل: [٥] اليمين المردودة كالبيِّنة[٦]؛ سقطت مطالبته. وهو فاسد[٧].

---

(١) في (أ): «بشهادة»، والمثبت هو الصحيح من (د، ط، ي).
(٢) في (أ): «تخاصم»، والمثبت هو من (ط، ي).
(٣) الزيادة من (ط).
(٤) في (د): «استحق» من غير واو.
(٥) في (أ) زيادة «أن»، ولا توجد في (د، ق، ط، ي).
(٦) اليمين المردودة كالبينة أو الإقرار، نصّ عليه عدد من العلماء: «المهذّب» للشيرازي (١/ ٣٣٤)، «الإقناع» للشربيني (٢/ ٥٤٠)، «روضة الطالبين» (٤/ ١٢٠)، «مغني المحتاج» (٢/ ٨٠).
(٧) قال الرافعي: وعن حكاية الشيخ أبي علي أنَّه يمنعه بناءً على أن يمين الرد كالبينة أو كالإقرار المدعى عليه، إن كانت كالبينة فكأنَّه قامت البينة على قبضه جميع الثمن، وإن كانت كالإقرار فكأنَّه أقر بقبض جميع الثمن، وعلى التقديرين يمتنع مطالبة المشتري، وهذا ضعيف باتفاق الأئمة؛ لأن اليمين إنَّما تجعل كالبينة أو كالإقرار في حق المتخاصمين، وفيما فيه تخاصمهما لا غير. ومعلوم أن الشريك إنَّما يحلف على أنَّه قبض نصيبه، فإنَّه الذي يطالب به، فكيف يؤثر يمينه في غيره؟ «فتح العزيز» (١٠/ ٤٤٧ ـ ٤٤٨).

المسألة بحالها:

ادّعى البائع والمشتري أن الموكل[١] قبض تمام الثمن وأنكر[٢]، فالمشتري لا يبرأ عن حصة الوكيل البائع، وإن صدّقه في التسليم؛ لأن الموكّل لم يكن وكيله، فلا يبرأ بالتسليم إليه، ثُمَّ إذا أخذ حصته فهل للموكل مساهمته؟

قال المزني: نعم؛ لأنَّه وكيله، وقد أخذ خمسمائة مثلًا من جملة الألف، فيتخير بين أن يطالب البائع بمائتين وخمسين، والمشتري بمائتين وخمسين، وبين أن يأخذ خمسمائة دفعة واحدة من المشتري بعد أن لم يُقم بينة على أخذه، كما لو[٣] ادّعى عليه.

وقال ابن سريج: لا يرجع؛ لأن الوكيل لمَّا ادّعى أن الموكّل أخذ الكل، فقد عزل نفسه؛ فلا يقع قبضه محسوبًا من جهته، وهو كما قال[٤].

---

(١) ورد في (أ): «الوكيل»، والمثبت من (ق، د، ط، ي).

(٢) ورد في (د، ق، ط): «فأنكر». وفي (د) زيادة كلمة: «الموكل»، ولم ترد في (أ، ط، ي).

(٣) في (ي): «إذا» بدل «لو»، ولم ترد في (د، ط).

(٤) قال النووي: إذا تخاصم الشريك والمشتري فعلى المشتري البينة بالقبض، فإن لم تكن فالقول قول الشريك. فإذا حلف، ففيمن يأخذ حقه منه؟ وجهان: أحدهما: قال المزني وابن القاص وآخرون: إن شاء أخذ تمام حقه من المشتري، وإن شاء شارك البائع في المأخوذ وأخذ الباقي من المشتري؛ لأن الصفقة واحدة، فكل جزء من الثمن شائع بينهما، فإذا شارك لم يبق للبائع إلَّا ربع الثمن، وقال ابن سريج وغيره: ليس له إلَّا الأخذ من المشتري، ولا يشارك البائع فيما أخذه؛ لأن البائع انعزل عن الوكالة بإقرار أن الشريك أخذ حقه، فما يأخذه بعد الانعزال يأخذه لنفسه فقط.

وهذا الوجه استحسنه الشيخان أبو حامد، وأبو علي. «روضة الطالبين» (٤/ ٢٨٨ ـ ٢٨٩)، و«فتح العزيز» (١٠/ ٤٤٩ ـ ٤٥٠).

ويبقى لكلام المزني وجه [في][1] أن أحدَ الشريكين وإن لم يكن وكيلًا في الاستيفاء، إذا استوفى جزءًا من الثمن لنفسه هل يختص به؟ أم يقع مشتركًا، أخذًا من المكاتَب المشترك إذا أدّى بعض النجوم؟ وفيه خلاف.

فإن قلنا بقول المزني؛ فلا تقبل شهادة البائع للمشتري على قبض الموكل نصيبه؛ لأنَّه يدفع عن نفسه الرجوع والمشاركة.

وعلى قول ابن سريج؛ له ذلك؛ لأنَّه لا يجرّ به نفعًا، ولا يدفع به ضرًّا[2].

❑❑❑

(١) الزيادة من (ق، د، ط، ي).

(٢) في (د، ط): «ضررًا». وفي (د) زيادة: «والله أعلم، تَمَّ الثلث الأول من كتاب «الوسيط» للغزالي في ليلة صبيحتها مستهل ذي القعدة سنة ثمان مائة. يتلوه في الجزء الثاني كتاب «الوكالة»»، وفي (ي): «والله أعلم».



[٢٧]
كتابُ الوكالة(١)

وفيه ثلاثة أبواب.

---

(١) **الوكالة في اللغة**: تُذكر ويراد بها: الحفظ، قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿وَقَالُوا۟ حَسْبُنَا ٱللَّهُ وَنِعْمَ ٱلْوَكِيلُ﴾ [سورة آل عمران، يية: ٧٣] أي: الحافظ، وقال تبارك وتعالى: ﴿لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ فَٱتَّخِذْهُ وَكِيلًا﴾ [سورة الزمل، آية: ٩]. قال الفراء: أي حفيظًا.
وتُذكر ويُراد بها: الاعتماد وتفويض الأمر، قال الله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ ٱلْمُتَوَكِّلُونَ﴾ [سورة إبراهيم، آية: ١٢]، وقال الله تعالى خبرًا عن سيدنا هود عليه الصلاة والسَّلام: ﴿إِنِّى تَوَكَّلْتُ عَلَى ٱللَّهِ رَبِّى وَرَبِّكُم﴾ [سورة هود، آية: ٥٦]، أي: اعتمدت على الله وفوّضت أمري إليه.
قال النووي: الوكالة بفتح الواو وكسرها، لغتان فصيحتان، ذكرهما ابن السكيت وغيره. والتوكل: الاعتماد، يقال: توكلت على الله، أي: اعتمدت عليه. وهذا الأمر موكول إلى فلان، ووكّلت الأمر إليه وكَلًا ووكولًا: إذا فوضته إليه وجعلته نائبًا . . . «تهذيب الأسماء واللغات» (٣/ ٣٦٨). وانظر: «لسان العرب» (١١/ ٧٣٦)، «مختار الصحاح» (ص٣٠٦).
وفي الاصطلاح: قيل: «هي تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل»، وقيل: «إقامة الإنسان غيره مقامه في تصرف معلوم»، هكذا عرَّفها الأحناف. وأمَّا الشافعية فقد عرَّفوها بقولهم: «تفويض شخص أمره إلى آخر فيما يقبل النيابة ليفعله في حياته»، وقيل: «إقامة شخص مقام نفسه في عمل مأذون فيه مطلقًا أو مقيدًا». =

. . . .

❊ ❊ ❊

= «المبسوط» للسرخسي (١٩/ ٢)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٢٧)، «بدائع الصنائع» (٦/ ١٩)، «فتح الوهاب» (١/ ٣٧٢)، «مغني المحتاج» (٢/ ٢١٧)، «حواشي الشرواني» (٥/ ٢٩٤)، «طلبة الطلبة» (١٣٧)، «الحدود» (٣٢٧)، «الكافي» (٢/ ٧٨٦)، «الإشراف» (٢/ ١٠).

والوكالة جاءت في القرآن والسُّنَّة قولًا وعملًا، وعملت بها الأمة عبر العصور.

فأمَّا الكتاب: فقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا﴾ [سورة التوبة، آية: ٦٠]، قال ابن العربي: «والعاملين عليها» وهم الذين يقومون بتحصيلها ويوكلون على جمعها، وقال القرطبي: يعني السعاة والجباة الذين يبعثهم الإمام لتحصيل الزكاة بالتوكل على ذلك. وكذلك قوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ فَلۡيَنظُرۡ أَيُّهَآ أَزۡكَىٰ طَعَامٗا فَلۡيَأۡتِكُم بِرِزۡقٖ مِّنۡهُ﴾ [سورة الكهف، آية: ١٩]. قال ابن العربي: هذا يدل على صحة عقد الوكالة، وهو عقد نيابة أذن الله فيه للحاجة إليه وقيام المصلحة به.

وأمَّا السُّنَّة: فقد ذكرها المؤلف (رحمه الله) وأشار إليها في المتن.

وأمَّا إجماع العلماء: فيراجع لذلك: «الإقناع في مسائل الإجماع» (٣/ ١٥٥٧)، فقد جمع المؤلف فيه كل الإجماعات في هذا الباب.

البابُ الأوَّل

في أركانها(١)

وهي أربعة:

الأول(٢):

ما فيه التوكيل

وله ثلاث شرائط:

*** الأول(٣): أن يكون قابلًا للنيابة:**

وهو: ما لا يتعين لحكمه مباشرة.

فقد وكّل رسول الله(٤) ﷺ في الشراء(٥)، ووكّل عمرو بن أمية

---

(١) في (ق): «أركانه».

(٢) ورد في (ق): «الركن الأول».

(٣) ورد في (د): «الأولى».

(٤) قوله: «رسول الله» لم يرد في (ي، ط).

(٥) ورد في (ق): «الشري».

روى البخاري في «صحيحه» عن عُروة: «أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه...» الحديث. كتاب المناقب (٣٦٤٣). ولفظ الترمذي: «دفع إليّ رسول الله ﷺ دينارًا لأشتري له شاة فاشتريت له شاتين، فبعت إحداهما بدينار، وجئت بالشاة والدينار إلى النبي ﷺ، فذكر له ما كان من أمره، فقال له: بارك الله لك في صفقة يمينك، فكان يخرج بعد ذلك =

الضمري في نكاح أم حبيبة[١].

ووكّل الجُباة[٢] في أخذ الجزية[٣]، ....

= إلى كُناسة الكوفة، فيربح الرّبح العظيم، فكان من أكثر أهل الكوفة مالًا»، كتاب البيوع (١٢٥٨). كما رواه أبو داود في «سننه» كتاب البيوع (٣٣٨٤) مختصرًا، وابن ماجه في «سننه» كتاب الأحكام (٢٤٠٢).
وعن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار يشتري له أضحية، فاشتراها بدينار وباعها بدينارين، فرجع فاشترى له أضحية بدينار، وجاء بدينار إلى النبي ﷺ فتصدق به النبي ﷺ ودعا له أن يبارك له في تجارته». رواه أبو داود في سننة كتاب البيوع (٣٣٨٦)، والترمذي في «سننه» كتاب البيوع (١٢٥٧).

(١) روى الحاكم في «المستدرك» بسنده: «بعث رسول الله ﷺ عمرو بن أمية الضمري إلى النجاشي يخطب عليه أم حبيبة بنت أبي سفيان، وكانت تحت عبيد الله بن جحش، فزوَّجها إياه وأصدقها النجاشي من عنده عن رسول الله ﷺ أربعمائة دينار، «المستدرك على الصحيحين» (٤/ ٢٣: ٦٧٧١).
قال الحافظ ابن حجر: قال البيهقي في «المعرفة»: روِّينا عن أبي جعفر محمد بن علي أنَّه حكى ذلك، ولم يسنده البيهقي في «المعرفة»، وكذا حكاه في «الخلافيات» بلا إسناد، وأخرجه في «السنن» من طريق ابن إسحاق حدثني أبو جعفر قال: بعث رسول الله ﷺ عمرو بن أمية الضمري إلى النجاشي، فزوجه أم حبيبة، ثُمَّ ساق عنه أربعمائة دينار. واشتهر في «السير» أنَّه ﷺ بعث عمرو بن أمية إلى النجاشي، فزوجه أم حبيبة؛ وهو يحتمل أن يكون هو الوكيل في القبول أو النجاشي... «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٠).
وانظر: «السنن الكبرى» للبيهقي (٧/ ١٣٩: ١٣٥٧٤)، «الطبقات الكبرى» لابن سعد (٨/ ٩٩). أمَّا كتب «السيرة» فقد نصّت على ذلك كتب كثيرة، منها: «السيرة النبوية» لابن إسحاق، «السيرة النبوية» لابن كثير (٣/ ٢٧٤؛ ٤/ ٥٨٤)، «سبل الهدى والرشاد» (١١/ ١٩٣).

(٢) ورد في في (ق): «الجباه»، وفي (أ): «الحاة»، والصحيح المثبت هو من (د، ط، ي).

(٣) ورد في (ق، ط، ي): «الجزي».

والصَّدقات[١]، فكان[٢] في معنى الشراء[٣]: البيع، والإجارة، والسَّلَم، والرهن، والصلح، والحوالة، والضمان، والكفالة، والشركة، والوكالة، والوديعة، والإعارة، والمضاربة، والجعالة، والمساقاة، والقرض[٤]، والهبة، والوقف، والصدقة؛ لأنها أسباب شُرعت ذرائع إلى المقاصد، تكثر[٥] الحاجة إلى التوكيل فيها.

---

(١) روى الإمام مسلم في «صحيحه» عن أبي هريرة قال: «بعث رسول الله ﷺ عُمر على الصدقة...» الحديث، كتاب الزكاة (٩٨٣).
وروى الشيخان عن أبي حميد الساعدي قال: «استعمل رسول الله ﷺ رجلًا من الأسد يقال له ابن اللتبيّة»، ولفظ البخاري: «استعمل رسول الله ﷺ رجلًا على صدقات بني سُليم يُدعى ابن اللتبية»، «صحيح البخاري» كتاب الحيل (٦٩٧٩)، «صحيح مسلم» كتاب الإمارة (١٨٣٢).
وروى الترمذي في «سننه» عن أبي رافع (رضي الله عنه): «أن النبي ﷺ بعث رجلًا من بني مخزوم على الصدقة...» الحديث، كتاب الزكاة (٦٥٧).
وروى أبو داود في «سننه» عن أبي مسعود الأنصاري قال: «بعثني النبي ﷺ ساعيًا...» الحديث، كتاب الخراج والإمارة والفيء (٢٩٤٧). وروى النسائي في «سننه» عن وائل بن حُجر: أن النبي ﷺ بعث ساعيًا، فأتى رجلًا، فآتاه فصيلًا مخلولًا؛ فقال النبي ﷺ: «**بعثنا مصدّق الله ورسوله وإن فلانًا أعطاه فصيلًا مخلولًا...**»، كتاب الزكاة (٢٤٥٨). وروى الإمام أحمد في «مسنده» عن عقبة بن عامر يقول: «بعثني رسول الله ﷺ ساعيًا فاستأذنته...» الحديث (٤/ ١٤٥)، وفيه أيضًا: «وبعث رسول الله ﷺ الضحّاك بن قيس ساعيًا...» (٥/ ٧٢).
(٢) في (ط): «وكان».
(٣) ورد في (د): «وفي معنى الشراء» من غير «فكان».
(٤) ورد في (ق، د): «القراض».
(٥) ورد في (أ): «بكثرة»، ونحوه في (ي)، وفي (ق): «لكثرة»، والمثبت من (ط)، وهو الأصح.

وفي معنى النكاح: الخُلع، والطلاق، والفسوخ في العقود، والرجعة على الصحيح[١].

وفي معنى استيفاء الجِزَى[٢] والصدقات: قبض الحقوق في الرهن والبيع[٣]، وقبض الديون المستحقة.

ولا تجوز[٤] النيابة فيما يتعلق القصد بعينه، كالعبادات، فإنَّها بأعيانها مقصودة من المتعاطين؛ امتحانًا وتكليفًا، فكيف تَقبلُ[٥] التحويلَ بالتوكيل؟

وكذا المعاصي، كالسرقة، والقتل، والزنا، والغصب، فهي واقعة من[٦] الوكيل؛ لأنَّه مقصود بالزجر عن [عينه][٧]، فيثبت حكمه في حقه، فلا يتحول عنه.

و[٨]أُلحق بفنِّ[٩] العبادات: الأيمان، والشهادات، فإن حكم اليمين متعلق بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم، وليس في

(١) قال الرافعي: «وفي الرجعة وجهان: **أصحهما**: الجواز، كابتداء النكاح، فإنَّ كل واحد منهما استباحة فرج محرم. **والثاني**: المنع، كما لو أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة ووكل بالاختيار...». «فتح العزيز» (١١/ ٧).

(٢) ورد في (أ): «الجرى»، وفي (ق): «الجزي»، وفي (د): «الجزية»، والمثبت هو الأصح، من (ط، ي)، جمع جزية.

(٣) ورد في (د): «البيع والرهن».

(٤) ورد في (أ): «ولا يجوز»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(٥) في (أ): «يقبل»، والأولى ما أثبتناه من (ط).

(٦) ورد في (أ): «عن» والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(٧) ورد في (أ): «يمينه»، وهو خطأ، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٨) ورد في (أ): «الحق» قبل «وأُلحق»، وهذه الزيادة لم ترد في (د، ق، ط، ي).

(٩) ورد في (ق، د): «نفيّ»، وهو تصحيف، وفي (أ): «نفى»، وهو خطأ، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

التوكيل ذلك. وكذلك حكم الشهادة يتعلق بلفظ الشهادة، حتَّى لا يقوم غيره مقامه، فكيف يتعلق بالساكت عن كلمةٍ أداءُ الشهادة؟

ويلتحق باليمين: اللعان، والإيلاء، وكذا الظهار[١]، إن قلنا: [إن][٢] المغلّب عليه شوائب الأيمان، لا شوائب الطلاق.

*** واختلفوا في ثلاث مسائل:**

*** الأولى[٣]: الإقرار:**

وظاهر[٤] النصّ: جواز التوكيل فيه[٥]؛ لأنَّه سبب مُلزم لمال، فأشبه الضمان وغيره.

والثاني: وهو قول ابن سريج واختياره[٦]: أنَّه لا يصح؛ لأن الإقرار لا يلزم، إنَّما هو حجة وإخبار كالشهادة.

فإن لم يجوّز التوكيل به، فهل يجعله مقرًّا بالتوكيل؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم[٧]؛ حملًا لقوله على الصدق.

---

(١) قال الرافعي: **وفي الظهار وجهان**: بناءً على أن المغلب فيه معنى اليمين أو الطلاق، والظاهر عند المعظم منع التوكيل فيه، وذكر في «التتمة» أن الظاهر: الجواز، وأن المنع مذهب المزني. «فتح العزيز بشرح الوجيز» (١١/٧).

(٢) الزيادة من (د).

(٣) ورد في (ق): «احديها»، وفي (د): «إحداهما»، وفي (ط، ي): «إحداها».

(٤) ورد في (ق، د): «فظاهر».

(٥) وصورته أن يقول: وكّلتك لتُقر عني لفلان. والقول بالجواز هو رأي الإمام أبي حنيفة (رحمه الله).

(٦) قال الرافعي: أظهرهما عند الأكثرين، ويحكى عن ابن سريج، واختيار للقفال أنَّه: لا يصح؛ لأنَّه إخبار عن حق فلا يقبل التوكيل، كالشهادة، وإنَّما يليق التوكيل بالإنشاءات. «فتح العزيز» (١١/٨).

(٧) وبه قال ابن القاص تخريجًا، واختاره الإمام (رحمه الله تعالى)؛ لأن توكيله دليل ثبوت الحق عليه. «فتح العزيز» (١١/٨).

والثاني: لا(١)؛ فإنَّه لم يقر.

* **الثانية: التوكيل في تملُّك المباحات بإثبات اليد ـ كالاحتطاب، والاصطياد، واستقاء الماء ـ**:

وفيه وجهان(٢)، منشؤهما التردد بين قبض الحقوق؛ فإنَّها قابلة للتوكيل، وقبض المحظورات كالسرقة والغصب؛ فإنَّه لا يقبل الوكالة.

* **الثالثة: أن التوكيل بالخصومة لإثبات الأموال والعقوبات للآدميين** ـ كحدّ القذف، والقصاص ـ: جائز برضا الخصم ودون رضاه عندنا، [خلافًا لأبي حنيفة](٣) (٤).

ولا يجوز التوكيل بإثبات الحدود لله(٥) تعالى، [فإن الحق لله تعالى](٦)، وهو على الدرء مبناه.

---

(١) قال الرافعي: وأظهرهما عند صاحب «التهذيب» أنَّه لا يجعل مقرًّا، كما أن التوكيل بالإبراء لا يجعل إبراء. نفس المصدر (١١/ ٩).

(٢) قال الرافعي: **أصحهما**: الجواز، حتَّى يحصل الملك للموكل إذا قصده الوكيل؛ لأنَّه أحد أسباب الملك، فأشبه الشراء. **والثاني**: المنع كالاغتنام؛ لأن الملك فيها يحصل بالحيازة، وقد حدث من التوكيل، فيكون الملك له. «فتح العزيز» (١١/ ٨)، وانظر: «الروضة» (٤/ ٢٩٢).

(٣) الزيادة من (د، ط).

(٤) ورأيُ الصاحبين ـ أبي يوسف ومحمد (رحمهما الله) ـ مثل رأي الشافعية في هذه المسألة، فيريان جواز توكيل الخصومة سواء رضي الخصم أو لم يرض.
أمَّا الإمام أبو حنيفة (رحمه الله) فيرى أن التوكيل بالخصومة لا يجوز إلَّا برضا الخصم، إلَّا أن يكون الموكل مريضًا أو غائبًا مسيرة ثلاثة أيام. انظر لمزيد من التفصيل: «بداية المبتدي» (ص١٥٩)، «الهداية» (٣/ ١٣٦)، «البحر الرائق» (٧/ ١٤٣)، «المبسوط» للسرخسي (١٩/ ٣ ـ ٩)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٢٩)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٢).

(٥) ورد في (د): «حدود الله».

(٦) الزيادة من (د، ط، ي): ولم يرد في (ق): قوله: «تعالى».

وهل يجوز التوكيل باستيفاء القصاص وحدّ القذف؟ لا شك في جوازه[(١)] في حضور الموكّل[(٢)]. وفي غيبته نصّ الشافعي (رحمه الله) في [كتاب][(٣)] الوكالة: أنَّه لا يستوفى[(٤)]. وقال في الجنايات[(٥)]: ولو وكّل [باستيفاء القصاص][(٦)] فتنحّى به[(٧)]، فعفا الموكل، فقتله[(٨)] الوكيل قبل العلم بالعفو، **ففي الضمان قولان:**

منهم من قطع بالجواز كما في حضرته.

ومنهم من قطع بالمنع؛ لأنَّه إذا حضر رُبّما رحمه، فعفا.

ومنهم من قال: قولان، مأخذهما: أن الإبدال هل يتطرق إليها كالإثبات بالشهادة على الشهادة[(٩)]؟ لأن الوكيل بدل، وهو باطل بحال[(١٠)] الحضور.

---

(١) لم يرد في (د).

(٢) لقول الرسول ﷺ في قصة ماعز: «**اذهبوا به فارجموه**». «صحيح البخاري» كتاب الطلاق (٥٢٧٢)، «صحيح مسلم» كتاب الحدود (١٦٩١)، «سنن أبي داود» كتاب الحدود (٤٤٢٦).
وقوله ﷺ: «**واغدُ يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها**» «صحيح البخاري» كتاب الوكالة (٢٣١٥)، «صحيح مسلم» كتاب الحدود (١٦٩٨).

(٣) الزيادة من (د، ط).

(٤) كتاب «الأم» (٢/ ٢٣٢).

(٥) كتاب «الأم» (٦/ ٢١).

(٦) لم يرد في (د، ط، ي).

(٧) ورد في (ق): «فتُنحي عنه»، وفي (أ): «فينحى به»، والمثبت من (د، ط، ي).

(٨) في (أ): «فقبله»، وهو خطأ.

(٩) لم يرد في (ق) قوله: «على الشهادة».

(١٠) ورد في (ق): «بخلاف».

*** الشرط الثاني: أن يكون ما به التوكيل مملوكًا لموكله[١]:**

فلو وكَّله بطلاق زوجة سينكحها، أو بيع عبد سيملكه؛ فالوكالة في الحال[٢] باطلة؛ لأنَّه فوّض إليه ما لا يملكه[٣].

*** الشرط الثالث: أن يكون الموكل به مضبوط الجنس معلومًا[٤]:**

*** وفيه أربع مسائل:**

*** الأولى: إذا وكّل على العموم:**

فلو قال: وكَّلتك بكل قليل وكثير؛ لم يجُز؛ لأنَّه يعظُم فيه الغرر.

ولو قال: وكَّلتك بما إليّ من تطليق زوجاتي، وعتق عبيدي، واستيفاء حقوقي، وقضاء ديوني؛ فهو جائز؛ لأنَّه فصّل وقيّد بما إليه، فانتفى الغرر.

---

(١) ورد في (ق): «مملوكًا معلومًا للموكل»، وفي (د، ط): «ملكًا للعاقد»، وفي (ي): «مملوكًا للموكل».

(٢) «في الحال» لم يرد في (ق).

(٣) ذكر المؤلف قولًا واحدًا في المسألة وهو القول بالبطلان. بينما ذكر الرافعي وجهين في المسألة، **والثاني هو**: أن الوكالة صحيحة، ويمكن بحصول الملك عند التصرف، فإنَّه المقصود من التوكيل. وأضاف الرافعي قائلًا: وبالوجه الثاني أجاب القفال في «الفتاوى»، وهو الذي أورده في «التهذيب». **والأول**: أصح عند أصحابنا العراقيين والإمام. «فتح القدير» (١١/ ٥).

(٤) قال الرافعي: «لا يشترط في الموكل فيه أن يكون معلومًا من كل وجه، فإن الوكالة إنَّما جوَّزناها لعموم الحاجة، وذلك يقتضي المسامحة فيها، ولذلك احتمل تعليقها بالإغرار على رأي، ولم يشترط القبول فيها بالقول، ولا على الفور. ولكن يجب أن يكون معلومًا مبينًا من بعض الوجوه حتَّى لا يعظم».
وقال النووي: «أن يكون ما وكل فيه معلومًا من بعض الوجوه بحيث لا يعظم الغرر». «فتح العزيز» (١١/ ١١)، «الروضة» (٤/ ٢٩٤).

ولو قال: وكلتك بكل قليل وكثير ممَّا إليّ من التصرفات؛ ففيه وجهان؛ لتردده بين المرتبتين[(١)] [(٢)].

* **الثانية: إذا وكّل بتصرف خاص**، وقال: اشترِ لي عبدًا تُركيًّا[(٣)] بمائة: صحّ، ولم يشترط وراءه وصفًا[(٤)] قطعًا؛ لأن هذا القدر ينفي الغرر عرفًا.

وإن اقتصر على قوله: اشترِ عبدًا؛ فالمذهب: المنع؛ لأنَّه يعظمُ فيه الغرر.

وإن قال: عبدًا تركيًّا، ولم يذكر الثمن؛ ففيه وجهان، لتردده بين المرتبتين[(٥)].

واختار ابن سريج صحته[(٦)]؛ لأنَّه يكون قد وطَّن نفسه على أعلى الجنس المذكور[(٧)].

---

(١) في (ق، د): «الرتبتين».

(٢) قال الرافعي: «ولو قال: وكلتك بكل أمر هو لي ممَّا يناب فيه. ولم يفصّل أجناس التصرفات، فوجهان: **أحدهما**: يبطل، كما قال: وكلتك بكل قليل وكثير. **الثاني**: يصح؛ لأنَّه أضاف التصرفات إلى نفسه، فلا فرق بين أن يذكرها بلفظ يعمُّها، وبين أن يفصّلها جنسًا جنسًا، **والأول أظهر**». «فتح العزيز بشرح الوجيز» (١١/١١).
هذا وقد ذكر الرافعي أن هناك فرقًا وبعض التفاوت بين ما نقله المؤلف وبين ما نقله سائر الأصحاب في هذه المسألة، وخلاصة ما نقله سائر الأصحاب: أنهم لا يصحّحون في الوكالة العامة إلَّا إذا فصّل الموكل أجناس التصرفات. وقال الرافعي: إن طريقة الأصحاب أصح نقلًا ومعنى.

(٣) في (أ): «تركنا»، وهو خطأ، والمثبت من (د، ط، ي، ق).

(٤) ورد في (أ، ي): «وصف»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط).

(٥) في (ق، د): «الرتبتين».

(٦) وهو **الأصح، والثاني**: أنَّه لا بدّ من تقدير الثمن أو بيان غايته بأن يقول: بمائة أو من مائة إلى ألف؛ لكثرة التفاوت فيه. «فتح العزيز» (١١/١٣).

(٧) قوله: «المذكور»، لم يرد في (ق).

* **الثالثة: إذا جوَّزنا التوكيل بالإقرار:**

فلا يصحّ حتَّى يتبيّن قدر[(١)] المُقرّ به وجنسه؛ لأن الغرر يعظم فيه.

وإن وكّله بالإبراء؛ فليذكر مقداره.

فإن قال: [أُبرئه][(٢)] [من مالي][(٣)] عمّا لي عليه ـ وعرفه الموكل دون الوكيل والمُبرأ عنه[(٤)] ـ؛ جاز[(٥)]، فلا يشترط إلَّا معرفة المستحق.

ولو قال: بع عبدي بما باع [به][(٦)] فلان فرسه ـ والموكل عالم بذلك القدر، والوكيل جاهل ـ؛ لم يجز. فيعتبر[(٧)] في العقد علم الوكيل؛ لأنَّه متعلق العُهدة[(٨)].

بخلاف الإبراء[(٩)].

---

(١) ورد في (د): «مقدار».
(٢) قوله: «أُبرئه»، لم يرد في (ق). أمَّا في (د)، فقد ورد: «أبره من مالي»، وفي (أ): «أبرأه»، ولعل الأصح هو المثبت نظرًا إلى سياق الحديث.
(٣) الزيادة من (د).
(٤) لفظة «عنه» لم ترد في (ق، د، ط، ي).
(٥) وهو الأشبه كما ذكره الرافعي، وقال في «المهذّب» و«التهذيب»: لا بدّ أن يبيّن للوكيل قدر الدَّين وجنسه. «فتح العزيز» (١١/ ١٤)، «المهذّب» للشيرازي (١/ ٣٥٠).
(٦) الزيادة من (ق، د، ط، ي).
(٧) ورد في (ق): «فيعر»، وفي (د): «فاعتبر».
(٨) في (د): «العقد».
(٩) قال الرافعي: ويخالف ما إذا قال: بع عبدي بما باع به فلان فرسه. حيث يشترط لصحة البيع علم الوكيل؛ لأن العهدة تتعلق به، فلا بد وأن يكون على بصيرة من الأمر، ولا عهدة في الإبراء. «فتح العزيز» (١١/ ١٤).

* **الرابعة**: لو قال: وكلتك بمخاصمة خصمائي. **فيه**[١] **وجهان**[٢]:

أحدهما[٣]: الجواز؛ لأن الخصومة جنس واحد.

والثاني: لا؛ لما فيه من الاختلاف.

والأولى تصحيحه[٤].

الركن الثاني: الموكَّل

* وشرطه: أن يكون قادرًا على التصرف بنفسه:

فلا يصح توكيل المجنون والصبي، والمرأة في عقد النكاح، والفاسق في نكاح ابنته، **إذا قلنا**: إنَّه لا يلي. والعبد في نكاحه لنفسه، وللأب والجدّ ذلك[٥].

وهل للأخ والعم ومن يفتقر إلى الإذن، ذلك؟ فيه وجهان[٦]:

---

(١) ورد في (ق): «ففيه».

(٢) قال الرافعي: إذا وكّله بالخصومة فيذكر ما يدخل فيه وما لا يدخل، والغرض الآن أنَّه لو أطلق وقال: وكلتك بمخاصمة خصمائي؛ هل يصح التوكيل؟ فيه وجهان: **أصحهما**: نعم، ويصير وكيلًا في جميع الخصومات. **والثاني**: لا، بل يجب تعيين من يخاصم معه؛ لاختلاف الغرض به. وهذا الخلاف قريب من الخلاف الذي مرّ فيما إذا وكّل ببيع أمواله وهي غير معلومة. «فتح العزيز» (١١/١٤).

(٣) ورد في (ق): «إحديهما: يجوز».

(٤) ورد في (أ): «بصحيحه»، وفي (ي): «صحة تصحيحه»، والمثبت هو الصحيح من (ط).

(٥) ورد في (ق، د، ط، ي): «التوكيل» بدل «ذلك».

(٦) لأنَّه من حيث لا يعزل كالولي، ومن حيث أنَّه لا يستقل كالوكيل. «فتح العزيز» (١١/١٥).

منهم: من ألحقهم بالوكيل والعبد المأذون، وهما لا يملكان التوكيل[١] في التصرّف المعيّن إلَّا بالإذن.

ومنهم: من ألحق بالجدّ والأب.

الركن الثالث: الوكيل

* وشرطه: أن يكون صحيح العبارة:

فالمرأة مسلوبة العبارة في النكاح إيجابًا وقَبولًا، وكذا المُحرم عندنا، والصبيّ والمجنون مسلوبا العبارة مطلقًا.

والأصح: أن المحجور عليه[٢] بالتبذير صحيح العبارة، وكذا المحجور [عليه][٣] بالفلس[٤]، فيصح توكيلهم.

وذكروا في توكيل العبد بقَبول النكاح، وتوكيل المرأة تطليق غيرها، وتوكيل الفاسق بالإيجاب في النكاح: وجهين[٥]، إذا قلنا: إنَّه لا يلي، مع القطع بأنَّه يتوكل في القبول. وينبغي[٦] أن يطّرد الوجهان أيضًا في

---

(١) في (أ): «التوكل»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ق، ط، ي).

(٢) «عليه» لم ترد في (ق).

(٣) الزيادة من (د).

(٤) قال الرافعي: والمحجور عليه بالفلس يتوكل فيما لا يلزم ذمته عهدة، وكذا فيما يلزم عهدة على الأصح من الوجهين، كما أن شراءه صحيح على الصحيح. «فتح العزيز» (١١/ ١٧).

(٥) وأصح الوجهين هو جواز التوكيل كما نصّ عليه الرافعي، والنووي ـ «فتح العزيز» (١١/ ١٧)، «الروضة» (٤/ ٢٩٩) ـ إلَّا توكيل الفاسق بالإيجاب، فالأصح فيه المنع عند معظم الشافعية. أمَّا المؤلف فقد صرّح بالجواز في الكل معلّلًا ذلك بقوله: «إذ لا خلل في نفس العبارة. . .» إلخ.

(٦) ورد في (ق): «ويقتضي».

إيجاب(١) العبد في النكاح.

والأسدّ(٢): الجواز في الكل؛ إذ لا خلل في نفس العبارة، وإنَّما امتنع الاستقلال لمعنى لا يقتضي منع الوكالة.

الركن الرابع: الصيغة

وفيه مسألتان:

*** إحداهما: أن الإيجاب لا بدّ منه(٣):**

و[هو](٤) قوله: وكّلتك؛ أو أذنت [لك](٥)؛ أو ما يقوم مقامه.

*** وفي القبول ثلاثة أوجه:**

أحدها: لا يشترط(٦)؛ لأنَّه تسليط وإباحة، فأشبه إباحة الطعام(٧).

وفي طريقة العراق: أنَّه لا بدّ له(٨) من القَبول، ثُمَّ يكفي التراضي(٩) والقبول بالفعل، وهذا عين إسقاط القبول، بتنزيله منزلة الإباحة.

والثاني: أنَّه يشترط؛ لأنَّه عقد كالعقود.

---

(١) ورد في (أ): «إنجاب»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٢) ورد في (أ): «الأسيد»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(٣) قال الرافعي: لا بدّ من جهة الموكل من لفظ دال على الرضا بتصرف الغير له، وإلَّا فكل أحد ممنوع عن التصرف في حق غيره، وذلك مثل أن يقول: وكلتك بكذا، وفوضته إليك، وأنبتك فيه، وما أشبههما. «فتح العزيز» (١١/ ١٩).

(٤) الزيادة من (د، ط، ي).

(٥) الزيادة من (د).

(٦) ورد في (ق): «يشرط».

(٧) ورد في (د): «للطعام».

(٨) ورد في (د، ط، ي): «لا بدّ من القبول» من غير «له».

(٩) ورد في (ق): «ثُمَّ يكفي التراخي»، وفي (د): «ثُمَّ يلغي التراخي».

والثالث[١]: قال القاضي: إن قال: بع، وطلِّق؛ وأتى بصيغة الأمر؛ فهو كالإباحة. وإن قال: وكّلتك، أو أنبْتك؛ فهذا من حيث الصيغة يستدعي قَبولًا لينتظم[٢] [٣].

وقد أطلق الأصحاب أن الوكيل لو عزل نفسه ينعزل.

وعلى رأي القاضي يُحتمل أن يقال: لا تأثير[٤] لردّ الوكالة كما لا تأثير[٣] لرد الإباحة.

ويحتمل أن يقال: الإباحة تبطل بالرد، فيحتاج إلى استئنافها بعد ذلك.

إن قلنا: لا يشترط قبوله؛ ففي اشتراط علمه وجهان[٥] مرتّبان على انعزاله بالعزل دون علمه، وأولى بأن يشترط.

فإن قلنا: يشترط علمه؛ ففي اشتراط اتصاله بالوكالة مقترنًا وجهان[٦].

---

(١) وقد مال المؤلف إلى هذا الوجه وسمّاه أعدل الوجوه في كتاب «الوجيز».
والمذهب عند الشافعية هو الوجه الأول، وهو أنَّه لا يعتبر القبول لفظًا في الوكالة.
انظر: «فتح العزيز» (١١/ ٢٠)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٠١).

(٢) في (ق، د): «لينظم».

(٣) قال الرافعي: إن شرطنا القبول فهل يجب أن يكون على الفور؟ ظاهر المذهب أنَّه لا يجب؛ لأنَّه عقد يحتمل ضربًا من الجهالة، فيحتمل فيه تأخير القبول كالوصية، وعن القاضي أبي حامد أنَّه يكفي وقوعه في المجلس. «فتح العزيز» (١١/ ٢٠).

(٤) ورد في (أ): «تأثر»، والمثبت من (ق، د، ط، ي).

(٥) قال الرافعي والنووي: الأظهر ثبوت الوكالة وإن لم يعلم. «فتح العزيز» (١١/ ٢١)، «الروضة» (٤/ ٣٠١).

(٦) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٢١)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٠١).

* الثانية: تعليق الوكالة بالشروط:

فيه خلاف مشهور[(١)]:

منهم من بناه على اشتراط القبول، فإنَّ التعليق معه لا ينتظم[(٢)].

قال الشيخ أبو محمد: إن لم يشترط القَبول جاز التعليق؛ لأن الحاجة قد تمسّ إليه.

وإن شرطنا القبول فوجهان، فإنَّا نجوّز[(٣)] تعليق الخلع، وقد شرط فيه القَبول. فإن[(٤)] أفسدنا التعليق فوجد الشرط، قال العراقيون: جاز التصرف بحكم الإذن[(٥)].

وفائدة فسَاد الوكالة سقوط المسمّى إن سمّى له أجرة[(٦)].

وقطع الشيخ أبو محمد: بأن الإذن ليس منفصلًا عن الوكالة، فمعنى فسادها بُطلان الإذن.

---

(١) المذهب عند الشافعية هو المنع كما ذكره الرافعي، فقال: وأظهرهما المنع، كما أن الشركة والمضاربة وسائر العقود لا تقبل التعليق. **ووجه آخر**: أنَّه يصح تعليق الوكالة بالشروط، وهو مذهب الحنفية والحنابلة، وعلّلوا ذلك بقولهم: لأنها استنابة في التصرف، فاشتبهت عقد الإمارة، فإنَّها تقبل التعليق، على ما قال عليه الصلاة والسَّلام: «**فإن أصيب جعفر فزيد**». انظر: «فتح العزيز» (١١/ ٢٢)، «المبسوط» للسرخسي (١٩/ ٧)، «البحر الرائق» (٦/ ٢٠٦)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٣٨)، «كشاف القناع» (٣/ ٤٦٨).

(٢) ورد في (ق، د): «ينظم».

(٣) ورد في (أ): «يجوز»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٤) ورد في (ق): «وإن».

(٥) قال الرافعي: أصحهما الصحة؛ لأن الإذن حاصل. «فتح العزيز» (١١/ ٢٢).

(٦) في (أ): «أجره»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

فرعان:

أحدهما: لو قال: وكّلتك الآن، ولكن لا تباشر التصرّف إلَّا بعد شهر، أو بعد قدوم فلان، قطع العراقيون بالجواز، وقالوا: ليس هذا تعليقًا، وإنَّما هو تأخير، فيجب عليه الامتثال(١). وبه قطع الشيخ أبو محمد.

الثاني: إذا قال: كلّما عزلتك فأنت وكيلي ـ وجوّزنا التعليق ـ؛ عاد وكيلًا.

فطريقه في العزل أن يقول: كلما عُدتَ وكيلي، فأنت معزول؛ حتَّى يتقاوم(٢) العزل والوكالة(٣)، ويكون الأصل منع التصرف.

❏❏❏

---

(١) قال الرافعي: ولو نجز الوكالة وضرب للتصرف شرطًا بأن قال: وكلتك الآن ببيع عبدي هذا، ولكن لا تبعه حتَّى يجيء رأس الشهر؛ صحّ التوكيل بالاتفاق، ولا يتصرف إلَّا بعد حصول الشرط. «فتح العزيز» (١١/ ٢٢).

(٢) ورد في (أ): «يتفاوض»، وفي (د): «يتقام»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي)، بينما ورد في (ق) «يتقادم».

(٣) ورد في (أ): «في الوكالة»، والأولى ما أثبتناه من (د، ق، ط، ي).

الباب الثاني

في حكم(١) الوكالة الصحيحة

ولها أربعة أحكام:

[الحكم](٢) الأول:

وجوب الموافقة والامتثال

ويُعرف ذلك من موافقة اللفظ، ولا يعرف بمجرّده(٣)، بل قد يوافق اللفظ ولا يصح؛ لمخالفة(٤) المقصود، وقد(٥) يخالف اللفظ ويصح(٦)؛ لموافقة(٧) المقصود.

*** فأما(٨) ما يوافق اللفظ في عمومه ويمتنع لمخالفة المقصود:**

فذلك في الوكيل المطلق:

---

(١) ورد في (ق): «أحكام».
(٢) الزيادة من (د، ق، ط، ي).
(٣) ورد في (ق): «في مجرده».
(٤) ورد في (أ): «المخالفة»، والأصح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٥) ورد في (ق): «وكذا».
(٦) ورد في (ق، د، ط): «فيصح».
(٧) في (ق، د): «لمخالفة»، وهو خطأ.
(٨) ورد في (د): «وأما».

وفيه صور:

● **الأولى**(١): أن الوكيل بالبيع مطلقًا لا يبيع بالعرض ولا بالنسيئة، ولا بما دون ثمن المثل، ولا بثمن المثل إن قدر على ما فوقه.

فإن فعل شيئًا من ذلك لم يصح تصرّفه عند الشافعي (رحمه الله)(٢)؛ لأن قرينة العرف عرَّفت(٣) هذه المقاصد؛ فنزل منزلة اللفظ(٤)، فهو كما إذا أمره بشراء الجمد(٥) في الصيف، فلا يشتريه في الشتاء، وإذا أمره بشراء(٦) الفحم(٧) في الشتاء فلا يشتريه في الصيف، تركًا لعموم اللفظ بقرينة الحال. فيجب أن يبيع بالنقد الغالب وثمن(٨) المثل، فإن باع بثمن المثل فطلب في مجلس الخيار بزيادة؟ ففي وجوب الفسخ وجهان فصّلناهما في كتاب الرهن.

---

(١) في (ط): «الصورة الأولى».

(٢) وهو مذهب مالك (رحمه الله تعالى)، وبه قال أحمد في أظهر الروايتين. وقال أبو حنيفة: يجوز له جميع ذلك. قال الرافعي: لنا القياس على الوصي؛ لأنَّه لا يبيع له إلَّا بثمن المثل من نقد البلد حالًّا، وأيضًا فإنَّه وكيل في عقد البيع، فتصرفه بالغبن لا يلزم الموكل، كالوكيل في الشراء، إذا اشترى بغبن فاحش، وأيضًا: فإنَّه إذا باع وأطلق كان الثمن حالًّا. فإذا وكل بالبيع وأطلق؛ حُمِل على الثمن الحال.
وأضاف الرافعي: ولنا قول: إن البيع على الوجه المذكور يصح موقوفًا على إجازة الموكل، وهذا هو القول المنقول في بيع الفضول. والمذهب الأول. «فتح العزيز» (١١/ ٢٦، ٢٧).

(٣) ورد في (أ): «عرفه»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٤) ورد في (أ): «اللقط»، وهو تصحيف، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٥) «الجَمَد» بالتحريك: الماء الجامد، والثلج، «لسان العرب» (٣/ ١٢٩)، وقد ورد في (أ): «الحمد» بالحاء المهملة، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٦) من قوله «في الصيف» إلى هنا سقط من «ق».

(٧) ورد في (د): «اللحم».

(٨) في (أ): «بمن»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

• **الثانية**: أن يبيع ممن شاء من أقاربه، ولا يبيع من نفسه عند الإطلاق[١].

وقال أبو حنيفة: لا يبيع ممن ترد شهادته له[٢].

وذلك وجه لأصحابنا مشهور في طريقة العراق[٣].

والصحيح[٤]: أنَّه ينفذ مهما راعى الغبطة، وبيعُهُ من نفسه خارج عنه بقرينة العُرف.

نعم، لو صرّح بالإذن في بيعه من نفسه، فقد ذكر ابن سريج[٥] وجهين:

القياس[٦] **الظاهر صحته.**

---

(١) هذا هو الوجه الأصح في مذهب الشافعية؛ لأنَّه باع بالثمن الذي لو باع به من أجنبي صحّ، فأشبه ما لو باع من صديقه، وأيضًا: فإنَّه يجوز للعمّ أن يزوّج وليته من ابنه البالغ إذا أطلقت الإذن. وقلنا: لا يشترط تعيين الزوج، فكذلك هاهنا. «فتح العزيز» (١١/ ٢٩).

(٢) قال المرغيناني: «والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته». «بداية المبتدي» (ص١٦٢)، «الهداية» (٣/ ١٤٥)، «الاختيار» للموصلي (٢/ ٤٢٩)، وهذا هو قول أبي حنيفة فقط، أمَّا الصاحبان ـ أبو يوسف ومحمد ـ فيجوِّزان ذلك، قال السرخسي: «ولو باعه من ابن له كبير، أو امرأته، أو واحد ممن لا تجوز شهادته، لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة (رحمه الله) بمطلق الوكالة أيضًا، ويجوز في قول أبي يوسف ومحمد (رحمهما الله)، إلَّا من عبده ومكاتبه». «المبسوط» (١٩/ ٣٢).

(٣) ذكر الرافعي الوجه الثاني ولم يعزه للعراقيين. «فتح العزيز» (١١/ ٢٨).

(٤) في (د): «فالصحيح».

(٥) وعزا العراقي القول بالجواز لابن سريج، ونصه: فلو صرّح له بالإذن في بيعه من نفسه فوجهان. قال ابن سريج: يجوز، كما لو أذن له في البيع من أبيه وابنه البالغ، يجوز. وقال الأكثرون: لا يجوز، لتضاد الغرضين، ولأن وقوع الإيجاب والقبول من شخص واحد بعيد عن التخاطب ووضع الكلام. . . «فتح العزيز» (١١/ ٢٩ ـ ٣٠) بتعديل يسير.

(٦) ورد في (ق، د، ط): «والقياس».

ووجه المنع: أنَّه يتّحد البائع والمشتري، والبيع فعل شرعي متعدٍّ إلى مبتاع ومبيع، فلا يقوم إلَّا بمفعولين.

وطرَّد[(١)] ابن سريج هذا في ابن العم، أنَّه هل يتولّى طرفي النكاح[(٢)] لنفسه، وكذا الوكيل في النكاح؟ وطرَّد هذا في قطع اليد سرقة وقصاصًا[(٣)]، وإقامة الحد[(٤)] إذا تعاطاها من عليه بالإذن، وكذلك مَن عليه الدين إذا قال له المستحقُّ: اقبض لي من نفسك.

وقال: لو وكّله[(٥)] من عليه [الدين][(٦)] بإبراء نفسه جاز.

وطرَّد العراقيون الوجهين فيه، ولعل منشأه أنَّه إذا قيل: يفتقر إلى القبول؛ يلتحق[(٧)] بسائر التصرّفات، وإلَّا فما ذكره ابن سريج ظاهر[(٨)].

وكذا الخلاف في الوكيل بالخصومة من الجانبين أنَّه هل يصح[(٩)].

ولا خلاف [في][(١٠)] أن الأب يتولى طرفي البيع في مال ولده، وذلك من خاصيّة الأبوّة.

---

(١) في (ق): «فطرد».
(٢) ورد في (د): «العقد».
(٣) في (د): «قصاص».
(٤) في (أ): «الحداد»، وهو خطأ، والمثبت هو الصحيح من (ق، د، ط، ي).
(٥) في (ق): «وكّل عليه»، وفي (د): «وكّل من عليه».
(٦) الزيادة من (ق، د، ط).
(٧) ورد في (ق): «قبول التحق».
(٨) قال الرافعي والنووي: وظاهر المذهب في الكل المنع. «فتح العزيز» (١١/ ٣٠)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٠٥ _ ٣٠٦).
(٩) قال الرافعي: وفي التوكيل بالخصومة من الجانبين وجهان: **أحدهما**: الجواز؛ لأنَّه يتمكن من إقامة البينة للمدعى عليه. **وأصحهما**: المنع؛ لما فيه من اختلاف غرض كل واحد منهما... «فتح العزيز» (١١/ ٣٠ _ ٣١).
(١٠) الزيادة من (ق).

وفي تولّي الجد[١] طرفي النكاح على حفيديه[٢] الوجهان[٣].

ولو كان وكيلًا بالبيع والشراء من الطرفين، فينبغي أن يخرَّج على الوجهين، فإنَّ التناقض فيه لا يزيد على بيعه من نفسه.

ولو وكّل عبدًا ليشتري له نفسه من مولاه؛ صحّ[٤]. وفي طريقة العراق وجه أنَّه لا يصح؛ لأن توكيل العبد كتوكيل المولى؛ فإنَّ يده يده.

ولو وكّله ليشتري له من نفسه؟ لا يجوز على أحد الوجهين، وهو ضعيف.

نعم، قال صاحب «التقريب»: لو أضاف العبد الشراء إلى موكله؛ وقع عنه. ولو أطلق؛ وقع عن العبد وعتق؛ لأن قوله: «اشتريت»،

---

(١) ورد في (أ): «وفي قول الحد»، وهو خطأ، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٢) ورد في (أ، ط): «حافديه»، وفي (ي): «حفدته»، وفي (د): «حفيديه»، وهو الأولى فأثبتناه.

(٣) قال النووي في كتاب النكاح من «روضة الطالبين» (٧/ ٧٠): هل يتولى الجد طرفي تزويج بنت ابنه الصغيرة أو الكبيرة بابن ابن آخر مولى عليه؟ فيه وجهان: اختار ابن الحداد والقفال وابن الصباغ الجواز. وصاحب «التلخيص»، وجماعة من المتأخرين المنع. قلت: قال الرافعي في «المحرر»: رجّح المعتبرون الجواز، والله أعلم.

(٤) هذا هو الأصح في مذهب الشافعية كما نصّ عليه النووي في «الروضة» (٤/ ٣٣٦)، وذكر الشيرازي الوجهين دون ترجيح واحد منهما، «التنبيه» للشيرازي (ص١٠٩)، قد تطرق إليه الشربيني في «مغني المحتاج» (٢/ ١٢٨).
وقال الرافعي: ولو وكل عبدًا ليشتري نفسه أو مالًا آخر من سيده، ففي وجه لا يجوز؛ لأن يده يد السيّد؛ فأشبه ما لو وكل إنسانًا ليشتري له من نفسه، والأظهر: الجواز، كما يجوز توكيله في الشراء من غير سيده. «فتح العزيز» (١١/ ٧٢).

صريح[١] في اقتضاء العتق، فلا يتحول إلى الملك بمجرّد النيَّة.

ولو وكّل العبد أجنبيًّا ليشتري له نفسه من سيّده؛ فإن صرّح بالإضافة إلى العبد صحّ، وإن أضمر[٢] وقع عنه؛ لأن السيّد لم يرض بالعتق، والنقل إلى العبد كالإعتاق[٣].

● **الثالثة**: الوكيل بالبيع إلى أجل، إن فصّل له الأجل؛ لم يزد. وإن أذن[٤] مطلقًا في الأجل[٥]، فوجهان:

أحدهما: البطلان؛ لأنَّه مجهول[٦].

والأصح: الصحة[٧].

ثُمَّ يتقيد بشرط الغبطة.

وقيل: لا يزيد على سنة؛ فإنه[٨] أَجَلُ الشرع في الجزية والزكاة، وهو ضعيف.

---

(١) في (ق): «صحيح صريح».
(٢) ورد في (ق): «أطلق».
(٣) انظر هذه المسألة مع شرحٍ أكثر لكلام صاحب «التقريب» في: «فتح العزيز» (١١/ ٧٢)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٣٦).
(٤) ورد في (د): «أطلق».
(٥) ورد في (أ): «في الأصل»، وهو خطأ. وما أثبتناه من (د، ط، ي) هو الصحيح.
(٦) وذلك لاختلاف الغرض بتفاوت الأجل طولًا وقصرًا، وهذا ما أورده في «التهذيب»، «فتح العزيز» (١١/ ٣٢).
(٧) قال الرافعي: «هذا هو الأصح وهو اختيار ابن كج أنَّه يصح التوكيل، وعلى ما يحمل فيه ثلاثة أوجه: **أظهرها**: أنَّه ينظر إلى المتعارف في مثله، فإن لم يكن فيه عُرف راعى الوكيل الأنفع للموكل. **والثاني**: له التأجيل إلى أي مدة شاء؛ لإطلاق اللفظ. **والثالث**: يؤجل إلى سنة ولا يزيد عليها». «فتح العزيز» (١١/ ٣٢).
(٨) لم يرد في (د).

● **الرابعة**: الوكيل بالبيع مطلقًا لا يملك تسليم المبيع قبل توفير الثمن؛ لأنَّه لم يؤذن له فيه، فإن توفّر على المالك جاز التسليم؛ لأنَّه مستحق؛ فعليه أن لا يمنع من الحق؛ لأنه[١] ملكه بالتوكيل[٢].

وكذلك الوكيل بالشراء، يملك تسليم الثمن ويملك قبض المشتَرَى؛ لأن العرف يدل عليه.

وهل يملك قبض ثمن المبيع؟ **وجهان**:

أحدهما: لا؛ لأنَّه لم يأذن، وتعيين ملكه بالقبض يستدعي أمرًا مجددًا.

والثاني: نعم؛ لأنَّه من توابع البيع، كقبض المشتري المعين[٣].

وكذلك الخلاف في أن الوكيل بالخصومة في حقٍّ، هل يملك استيفاءه؟ والوكيل بالاستيفاء هل يملك الخصومة؟

فيه ثلاثة أوجه، الثالث[٤]: أن الوكيل بإثبات الحق لا يملك الاستيفاء. أمَّا الوكيل بالاستيفاء يملك الخصومة؛ لأنَّه من جملة الاستيفاء.

---

(١) ورد في (د): «إلَّا أنه».

(٢) قال الرافعي: وتسليم المبيع دون قبض الثمن فيه خطر ظاهر، ولو كان قد صرح له بهما لم يملك التسليم ما لم يقبض الثمن، وعلى هذا جرى صاحب «التهذيب» وغيره. «فتح العزيز» (١١/ ٣٣).

(٣) ورد في (د): «العين».
وهذا هو الوجه الأصح في مذهب الشافعية، كما نصّ عليه النووي في «روضة الطالبين» (٤/ ٣٠٧)، وانظر: «فتح العزيز» (١١/ ٣٥).

(٤) قال النووي: الوكيل باستيفاء الحق هل يثبته أو بإثباته هل يستوفيه عينًا؟
أصحها: لا؛ **والثاني**: نعم. **والثالث**: يثبت ولا يستوفي. «الروضة» (٤/ ٣٠٩)، وانظر: «فتح العزيز» (١١/ ٣٦).

ـ وكذا الخلاف في أن الوكيل بالشراء إذا توجَّه الدّرك بالثمن عند خروج المبيع مستحقًّا، هل يخاصم في استرداد الثمن؛ لأنَّه من التوابع؟

ولا خلاف في أنَّه لا يملك الإبراء عن الثمن، خلافًا لأبي حنيفة(١).

ـ ويقرب من هذا الأصل الخلاف في أنَّه هل يملك إثبات الخيار وشرطه(٢)؟

فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا؛ لأنَّه لم يؤذن فيه.

والثاني: نعم؛ لأنَّه من توابع العقد ومصالحه.

والثالث: أنَّه يملك في الشراء؛ للحاجة إلى التروّي، ولا يملك في البيع.

● **الخامسة:** الوكيل المطلق بالشراء(٣) إن اشترى عبدًا معيبًا(٤) يساوي ما اشتراه به؛ فإن جهل العيب وقع عن الموكّل، وإن علمه **فثلاثة أوجه:**

أحدها: نعم؛ لأن صيغة العبد عام(٥).

---

(١) هذا قول أبي حنيفة ومحمد (رحمهما الله)، أمَّا الإمام أبو يوسف (رحمه الله) فيقول بأن إبراء الوكيل عن الثمن باطل، انظر لمزيد من التفصيل: «المبسوط» للسرخسي (٢٢/ ٤٧)، «البحر الرائق» (٥/ ١٩٢).

(٢) انظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٣٣٢)، «فتح العزيز» (١١/ ٧٠).

(٣) ورد في (ق): «بشراء».

(٤) ورد في (أ): «معينا»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٥) ورد في (ق): «العقد عامة».

الثاني: لا[١]؛ لأن العرف يخصَّص بالسليم[٢].

والثالث: أن ما لا يجزئ في الكفارة لا يقع عن جهته، فقوله: اشتر رقبة، كقول الله تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾[٣].

أمَّا إذا كان لا يساوي ما اشتراه به، فإن علم العيب لم يقع عن الموكل؛ لأنَّه مخالف، وإن جهل فوجهان:

أحدهما: لا[٤]، كما لو كان بغبن[٥] ولم يعرف.

والثاني: نعم[٦]؛ لأن الغبن لا تدارك له، وإيقاع هذا عنه ووقوعه[٧] على رضا الموكل ممكن.

---

(١) وهذا هو الأظهر من هذه الوجوه الثلاثة، قال الرافعي: **أظهرها**: أن لا يقع عنه لتقييد الإذن بالسليم. **والثاني**: يقع؛ لأنَّه لا نقصان في المالية والصيغة عامة. **والثالث**: يفرق بين ما يمنع من الإجزاء في الكفارة إذا كان المبيع عبدًا، وبين ما لا يمنع، حملًا لقوله: اشترِ لي رقبة على ما حمل عليه قوله تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾. «فتح العزيز» (١١/ ٣٨).

(٢) ورد في (أ): «بالتسليم»، والمثبت هو الأصح من (ط).

(٣) سورة النساء: الآية ٩٢.

(٤) وهذا هو الأصح عند الإمام كما قال الرافعي: وإن كان لا يساوي ما اشتراه به، فإن علم لم يقع عن الموكل، وإن جهل فوجهان: **أصحهما** عند الإمام: أنَّه لا يقع أيضًا عنه؛ لأن الغبن يمنع عن الموكل مع سلامة المبيع... **وأوفقهما** لكلام الأكثرين: أنَّه يقع عنه كما لو اشترى لنفسه جاهلًا. «فتح العزيز» (١١/ ٣٨)، وانظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٣١٠).

(٥) ورد في (د): «لو تعين».

(٦) وهذا هو قول الأكثرين؛ وقال النووي: هذا على الأصح عند الأكثرين. «الروضة» (٤/ ٣١٠).

(٧) ورد في (ق، د، ط، ي): «ووقفه».

التفريع:

إذا اشترى المعيب[١] بثمن المثل، وقلنا: يقع عنه؛ (فللموكل الردّ.

وهل للوكيل الردّ بالعيب؟ نُظر)[٢]: إن لم يكن العبد معينًا من جهة الموكّل؛ فالظاهر أن له ذلك؛ ليخرج عن العهدة، فيكون من توابع العقد ومصالحه.

وفيه وجه حكاه صاحب «التقريب» عن ابن سريج: أنَّه لا يملك، وهو متجه قياسًا، بل يرجع إلى الموكل[٣].

أمَّا إذا كان العبد معينًا من جهة الموكل؛ فوجهان مشهوران[٤].

ووجه الفرق: أنَّه قطع بالتعيين نظره، فلعل له فيه غرضًا[٥] يجبر العيب إذا علمه.

فإذا أثبتنا الخيار[٦] للوكيل؟ فإذا رضي الموكل، سقط خيار الوكيل.

---

(١) ورد في (أ): «المبيع»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٢) ورد في (أ): «فللموكل الرد بالعيب، وهل للوكيل الرد؟ نظر»، وفي (ق): بإثبات كلمة «العيب» في مكانين، والصحيح ما أوردناه من (د، ط، ي).

(٣) قال الرافعي: وأمَّا الوكيل فعن صاحب «التقريب» رواية وجه عن ابن سريج أنَّه لا ينفرد بالرد؛ لأنَّه كان مأذونًا في الشراء دون الفسخ، وظاهر المذهب أنَّه ينفرد لمعنيين: **أحدهما**: أنَّه أقامه مقام نفسه في هذا العقد ولواحقه. **والثاني**: أنَّه لو لم يكن له الرد إلى استئذان الموكل فربَّما لا يرضى الموكل، فيتعذر الرد لكونه على الفور، ويبقى المبيع كلًّا على الوكيل، وفيه ضرر ظاهر. وهذا هو المعتمد عند الأصحاب. «فتح العزيز» (١١/ ٣٩).

(٤) والأصح المنصوص هو الجواز. «روضة الطالبين» (٤/ ٣١٠)، «فتح العزيز» (١١/ ٤).

(٥) ورد في (أ): «عرضًا»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٦) ورد في (د): «له الخيار».

فإن[١] رضي الوكيل؛ لم يسقط خيار الموكل. فلو عاد الوكيل بعد الرضا؛ جاز على أحد الوجهين؛ لأن رضاه كان ساقطًا.

وفيه وجه: أنَّه لم يجز[٢] له [الرجوع إلى[٣]] الرد[٤].

فلو أراد الوكيل الرد، فادّعى البائع رضا الموكل؛ فعليه البيّنة، أو يحلف الوكيل أنّه لا يعلم رضا الموكل، ويرد ليخرج عن العهدة.

أمَّا إذا كان الوكيل عالمًا بالعيب، وقلنا: يقع عن الموكل، فلا رد له.

وهل للموكل الرد؟ [فيه][٥] وجهان[٦]. **ووجه المنع**: أنَّ علم الوكيل كعلم الموكل، كما أنَّ رؤيته تمنع الموكل من خيار الرؤية.

فإن قلنا: له الرد؛ فإذا ردّ، هل يتحول العقد الآن إلى المشتري؟ فيه وجهان[٧]. و[٨]**وجه المنع**: أنَّه وقع في الابتداء عن الموكل فلا يعقل انتقاله.

---

(١) ورد في (ق، د): «وإن».

(٢) في (ط): «لا يجوز».

(٣) الزيادة من (ق، ط، ي).

(٤) وهذا هو الأصح من الوجهين، كما نصّ عليه الرافعي والنووي. «فتح العزيز» (١١/ ٤١)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣١٠).

(٥) الزيادة من (ق، د).

(٦) قال الرافعي: وإن كان الوكيل عالمًا فلا رد له، وفي الموكل **وجهان**: **أحدهما**: أنَّه لا رد له أيضًا؛ لأنَّه نزل الوكيل منزلة نفسه في العقد والأخذ، فيكون اطلاعه على العيب كاطلاع الموكل، كما أن رؤيته كرؤيته. **وأصحهما**: أن له الرد؛ لأن اطلاعه ورضاه بعد العقد لا يسقط حق الرد للموكل، فكذلك اطلاعه في الابتداء، «فتح العزيز» (١١/ ٣٩).

(٧) الأول مفاده انعقاد العقد موقوفًا إلى أن يتبين الحال، والمذهب خلافه. «فتح العزيز» (١١/ ٤٠).

(٨) في (ق): «وجه» من غير واو.

• **السادسة**: الوكيل المطلق بتصرف معين لا يوكل فيه.

ولو فوض إليه تصرفات لا يطيقها[١]؛ **فثلاثة أوجه**:

أحدها: لا؛ لأنَّه لم يؤذن له، فليفعل ما يقدر عليه، وليترك[٢] الباقي.

والثاني: نعم؛ لأن قرينة الحال تدل على أنَّه أراد تحصيله منه بطريقة.

والثالث: أنَّه لا يوكل في القدر الميسور، ويوكّل في الباقي[٣].

أمَّا إذا أذن له في التوكيل بأن قال: بع؛ أو وكّل عني؛ فله أن يوكل أمينًا.

فلو وكّل خائنًا؛ لم يصح؛ لأنَّه خلاف الغبطة.

فإن كان أمينًا، فخان. فهل للوكيل عزله؟ فيه وجهان[٤].

ثُمَّ إذا قال: وكِّل عني؛ فوكّل أمينًا، فالوكيل الثاني وكيل الموكل، لا ينعزل بعزل الوكيل.

---

(١) ورد في (أ): «لا يطيقه»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٢) ورد في (ق): «وليدَع»، والمعنى واحد.

(٣) قال الرافعي: ولو كثرت التصرفات التي وكله بها ولم يمكنه الإتيان بالكل لكثرتها ففيه ثلاثة طرق: **أصحها**: أنَّه يوكل فيما يزيد على قدر الإمكان. . «فتح العزيز» (١١/ ٤٣). وقال النووي: «فالمذهب أنَّه يوكل فيما يزيد على الممكن، ولا يوكل في الممكن». «روضة الطالبين» (٤/ ٣١٣).

(٤) قال النووي: «ولو وكل أمينًا ثُمَّ فسق هل له عزله؟ **وجهان**: قلت: **أقيسهما**: المنع». «روضة الطالبين» (٤/ ٣١٤).

وإن قال: وكّل عن نفسك، **فيه وجهان:**

أحدهما: أن الوكيل الثاني وكيل الوكيل كما صرّح به[(١)].

والثاني: وكيل الموكل؛ لأن الوكيل لا يملك، فكيف يكون له وكيل.

[(٢)]**إن قلنا**: إنَّه وكيل الوكيل، فله عزله، وسبيل الموكّل إلى عزله أن يعزل[(٣)] الوكيل الأول.

فإن خصّصه بالعزل؛ فوجهان[(٤)].

وإن قلنا: إنَّه وكيل الموكل، فلا ينعزل بعزل الوكيل الأول.

وهل ينعزل بموته؟ وجهان[(٥)]: **ووجه الانعزال**: أنَّه فرّعه[(٦)] على الجملة.

ولو قال: بع أو وكّل؛ ولم يقل: عن نفسك؛ أو عني، فعلى أيهما يُحمل؟ على وجهين[(٧)].

هذا كله في الوكيل المطلق.

---

(١) قال النووي: الأصح أنَّه وكيل الوكيل الأول، كذا قال الرافعي. «فتح العزيز» (١١/ ٤٤)، «الروضة» (٤/ ٣١٣).

(٢) ورد في (ق): «وإن».

(٣) في (ي، ط): «بعزل الوكيل» بدل «أن يعزل».

(٤) الأصح أنَّه ينعزل، انظر: «فتح العزيز» (١١/ ٤٤)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣١٣).

(٥) والأصح هو الانعزال بالموت والجنون. «فتح العزيز» (١١/ ٤٤)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣١٣).

(٦) ورد في في (أ): «فرع»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٧) قال الرافعي: **أحدهما**: أن الحكم كما في الصورة الأولى؛ لأن المقصود في الإذن في التوكيل تسهيل الأمر عليه. **وأصحهما**: أنَّه كالصورة الثانية؛ لأن التوكيل تصرف يتولاه بإذن الموكل فيقع عنه. «فتح العزيز» (١١/ ٤٥).

*** أمَّا الوكيل المقيّد:**

فيجب عليه أن يتبّع قيود التوكيل ولا يخالف(١).

وفيه صور:

● **الأولى: لو قال: بع من شخص مخصوص، أو في مكان مخصوص، أو بنقد مخصوص، أو وقت مخصوص، [أو أجل مخصوص]**(٢)؛ لم يجز له أن يتعدَّى إلى ما نهاه عنه، ولا إلى ما سكت عنه، إذا تصوّر أن يكون له في المخصوص غرض(٣).

وفي تخصيص المكان الذي لا يظهر فيه تفاوت ثمن وجه [آخر](٤): أنَّه لا يجب اتباعه(٥)، ويحمل التخصيص على وفاق.

فلو(٦) قال: بع بمائة، ولا تبع بما فوقه؛ لا يبيع بما فوقه.

ولو قال: بع مائة؛ واقتصر عليه؛ لا يبيع بما دونه، ويبيع

---

(١) في (ق): زيادة «فيه»، ولم ترد في نسخ أخرى.

(٢) الزيادة من (د، ط): وفي (ق): وردت هذه الزيادة قبل «وقت مخصوص»، وفي (ي): مكان «وقت مخصوص».

(٣) قال الرافعي: أمَّا الأول: فلأن ذلك الشخص المعين قد يكون أقرب إلى الحل وأبعد عن الشبهة، وربَّما يريد تخصيصه بذلك المبيع، وأمَّا الثاني: (أي وقت مخصوص). فلأنَّه ربَّما يحتاج إلى البيع في ذلك الوقت. ولو عين مكانًا من سوق ونحوها نُظر: إن كان له في المكان المعين غرض بأن كان الراغبون فيه أكثر، أو النقد فيه أجود، لم يجز أن يبيع في غيره. «فتح العزيز» (١١/ ٤٦).

(٤) الزيادة من (د، ط، ي).

(٥) قال الرافعي: وإن لم يكن غرض ظاهر فوجهان: **أحدهما**: يجوز، والتعيين في مثل ذلك يقع اتفاقًا، هذا ما أورده في الكتاب، وبه قال القاضي أبو حامد، وقطع به الغزالي. **والثاني**: لا يجوز؛ لأنَّه ربَّما يكون له غرض لا يطلع عليه، وهذا أصح عند ابن القطان وصاحب «التهذيب». «فتح العزيز» (١١/ ٤٦).

(٦) ورد في (ق): «ولو».

بما فوقه[١]؛ لأنَّه امتثل بما أمر، وزاد خيرًا، فلم تكن مخالفة.

وكذلك[٢] إذا قال: اشترِ بألفين؛ فاشتراه بألف؛ صح؛ لأنَّه زاده خيرًا[٣]، إلَّا إذا نهاه عمَّا دون الألفين[٤].

ولو قال: بع بألف درهم؛ فباع بألف دينار؛ لم يصح قطعًا؛ لأنَّه مخالفة في الجنس، واللفظ لم يدل عليه، فيبقى ميله طبعًا إليه، فهو كما قبل التوكيل.

ولو قال: بع بالنسيئة[٥] بمائة؛ فباع بمائة نقدًا؛ **فوجهان**:

أحدهما: أنَّه اختلاف جنس، فلا يحتمل.

والثاني[٦]: يصح؛ لأنَّه زاده [خيرًا بإمكان][٧] المطالبة في الحال، فهذا[٨] زيادة قدر.

● **الثانية: إذا سلّم دينارًا وقال: اشترِ[٩] به شاة؛ فاشترى**

---

(١) ورد في (د): «يبيع بما أذن له ويبيع أيضًا بما فوقه».

(٢) ورد في (ق): «ولذلك».

(٣) من قوله: «فلم تكن مخالفة» إلى قوله «زاده خيرًا» لم يرد في (د).

(٤) انظر: هذه المسائل بشرح أوفى في «فتح العزيز» (١١/ ٤٧)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣١٥).

(٥) ورد في (أ): «بالنسبية»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٦) وهذا هو الأصح في المذهب، كما نصّ عليه النووي والرافعي. «الروضة» (٤/ ٣١٧)، «فتح العزيز» (١١/ ٤٨).

(٧) الزيادة من (د)، وفي (أ): «زاده مكان المطالبة»، وفي (ط): «زاده خيرًا مكان المطالبة»، وفي (ي): «زاده إمكان المطالبة».

(٨) ورد في (د): «فهذه».

(٩) ورد في (أ): «اشترته»، والصحيح هو المثبت من (د، ط، ي، ق).

[به][١] **شاتين تساويان**[٢] **دينارًا**، أو دينارًا ونصفًا[٣]؛ لم يجز؛ لأنَّه ربَّما يبغي شاة تساوي دينارًا.

فلو اشترى شاتين كل واحدة تساوي دينارًا[٤]؛ **فقولان:**

أصحهما: الصحة؛ لما روي أنَّه عليه السَّلام دفع دينارًا إلى عُروة ليشتري شاة، فاشترى شاتين، وباع إحداهما بدينار، وجاء بالدينار والشاة، فقال عليه السَّلام: «**بارك الله في صفقة يمينك**»[٥].

فإن قيل: فما قولكم في بيع الشاة الثانية؟

قلنا: ذكر ابن سريج **قولين**. **ووجه الفساد**: يُحوج[٦] إلى تأويل الحديث، وحمله على[٧] أنَّه كان وكيلًا مطلقًا في التصرفات. **ووجه الصحة**: يعضّد قول وقف العقود.

ويمكن أن يقال: جرى هاهنا لفظ يدل على أن الذي جرى يوافق الرضىٰ، فلم يكن كوقف العقود، بل يصح في الحال[٨].

---

(١) الزيادة من (ق، د).

(٢) ورد في (أ): «تساوي»، وكذا في (ي)، وفي (ق): «يساويان»، والأولى ما أثبتناه من (ط).

(٣) ورد في (ق): «ونصف»، وكذا في (ي)، وفي (د): «ونصف دينار».

(٤) من قوله: «لم يجز» إلى قوله «دينارًا» لم يرد في (د).

(٥) رواه بهذه الألفاظ الترمذي في «سننه» كتاب البيوع (١٢٥٨)، وأصله في «صحيح البخاري» كتاب المناقب (٣٦٤٣)، ورواه أبو داود في «سننه» كتاب البيوع (٣٣٨٤)، وابن ماجه في «سننه» كتاب الأحكام (٢٤٠٢).

(٦) ورد في (أ): «يحوح» بالمهملتين، وفي (ق، د): «نحوج»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٧) ورد في (أ): «إلى»، والمثبت من (ي، ط).

(٨) يراجع لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٥٠ ـ ٥١)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣١٩).

والقول الثاني: أنَّه لا يصح، وهذا لا وجه له مع الخبر.

ـ ولو قال: بع هذا العبد بمائة؛ فباع بمائة وعبدٍ آخر يساوي مائة؛ فقولان[(١)] مرتَّبان. وأولى بالمنع؛ لأنَّه جمع بين جنسين.

فإن قلنا: لا يقع عنه، **فوجهان**:

أحدهما: أنه[(٢)] يفسد.

والثاني: أنَّه يصح في نصف العبد، فكأنَّه قال: بع العبد بألف؛ فباع نصفه بألف؛ صح؛ لأنَّه زاده[(٣)] خيرًا.

● **الثالثة: لو وكله بشراء عبد بألف، فاشترى نصفه بأربعمائة؟** لم يقع عنه. فلو اشترى النصف الباقي بأربعمائة أخرى؟ لم ينقلب إليه الكل بعد انصرافه عنه ابتداء[(٤)].

وفيه وجه لا يُعتد به.

أمَّا إذا قال: اشترِ لي عشرة أعبد بصفقة[(٥)] واحدة؛ فليشترِ من شخص واحد.

فلو اشترى من أشخاص في صفقة واحدة؛ **فوجهان**:

---

(١) انظر المسألة بكاملها لمزيد من التفصيل في: «فتح العزيز شرح الوجيز» (١١/ ٥٢)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣١٩ ـ ٣٢٠).

(٢) لم يرد في (د).

(٣) ورد في (د): «زاد».

(٤) قال الرافعي: ولو أمره بشراء عبد أو بيع عبد لم يكن له أن يعقد على بعضه لضرر التبعيض، ولو فرضت فيه غبطة، كما إذا أمره بشراء عبد بألف، فاشترى نصفه بأربعمائة ثُمَّ نصفه الآخر بأربعمائة فكذلك، ولا ينقلب الكل إليه بعد انصراف العقد عنه، وفيه وجه ضعيف. «فتح العزيز» (١١/ ٧٠).

(٥) ورد في (ق): «صفقة».

أحدهما: لا؛ لأن الصفقة تتعدد بتعدّد البائع.

والثاني: نعم؛ لأن المقصود أن يكون الكل مجموعًا في ملكه.

أمَّا إذا قال: اشترِ [لي][(١)] عشرة[(٢)] أعبد مطلقًا؛ فله أن يشتري في صفقات وفي صفقة[(٣)] كيف شاء[(٤)].

● **الرابعة: إذا وكّله بشراء فاسد؟** لم تصح الوكالة، ولا يستفيد بها الشراء الصحيح[(٥)].

ولو قال: خالع زوجتي على خمر؛ ففعل؛ وقع الخلع، كما لو تعاطاه بنفسه[(٦)].

فلو خالع على خنزير؛ **فوجهان**:

أحدهما: لا يصح؛ لأنَّه مخالف[(٧)].

---

(١) الزيادة من (د، ط).

(٢) قوله: «عشرة»، لم يرد في (ق).

(٣) ورد في (ق): «صفقة واحدة».

(٤) قال الرافعي: «ولو قال: بع هؤلاء العبيد واشترِ لي خمسة أعبد؛ ووصفهم؛ فله الجمع والتفريق إذ لا ضرر. ولو قال: اشترهم صفقة واحدة؛ لم يفرق. ولو فرق؛ لم يصح للموكل». «فتح العزيز» (١١/ ٧٠)، وانظر كذلك: «روضة الطالبين» (٤/ ٣٣٣).

(٥) قال الرافعي: لو وكله ببيع أو شراء فاسد مثل أن يقول: بع أو اشترِ إلى وقت العطاء، أو قدوم زيد، لم يملك الوكيل العقد الصحيح؛ لأن الموكل ما أذن فيه، ولا الفاسد؛ لأن الشرع ما أذن فيه. «فتح العزيز» (١١/ ٥٧).

(٦) كما أنَّه لو وكله الصلح عن الدم على خمر، ففعل حصل العفو، كما لو فعله الموكل بنفسه، وهذا لأن في الصلح على الخمر وإن كان فاسدًا فيما يتعلق بالعوض ولكنه صحيح فيما يتعلق بالقصاص فيصح التوكيل فيما لو فعله بنفسه ليصح، لا أننا نصحّح التوكيل في العقد الفاسد. «فتح العزيز» (١١/ ٥٦).

(٧) وهذا هو الوجه الأصح والأشبه؛ لأن الوكيل مستبد بما فعل غير موافق لأمر الموكل. «فتح العزيز» (١١/ ٥٦).

والثاني: نعم[١]؛ لأن قوله في التعيين فاسد، إنَّما الصحيح أصل الخلع، حتَّى لو خالع على عوض صحيح نفذ الخلع وفسد العوض، وكذا في الصلح عن الدم.

• **الخامسة: الوكيل بالخصومة لا يقر على موكله**؛ لأن اللفظ لا يتناوله وضعًا وعُرفًا[٢]، خلافًا لأبي حنيفة[٣]. ولا تقبل شهادته لموكّله؛ ، فإنَّه متّهم.

فإن شهد بعد العزل، وكان قد انتصب مخاصمًا في الوكالة[٤]؛ لم يقبل؛ لأنَّه صار ذا غرض طبعي في تصديق نفسه وتمشية قوله.

وإن لم ينتصب فعُزل؛ تُسمع[٥] شهادته.

وقال الأصحاب: ليس له أن يعدّل شهود خصم الموكل، كما لا يملك

---

(١) ورد في (ق): «يصح».

(٢) قال الرافعي: ولو أقر وكيل المدّعي بالقبض، أو الإبراء، أو قَبول الحوالة، أو المصالحة على مال، أو بأن الحق مؤجل، أو أقر وكيل المدعى عليه بالحق بالمدعى لم يقبل، سواء أقر في مجلس الحكم أو غيره، وبهذا قال أحمد. «فتح العزيز» (١١/ ٥٣)، كذا قال النووي في «الروضة» (٤/ ٣٢٠).

(٣) المذهب عند الأحناف، وهو قول أبي حنيفة وصاحبه محمد (رحمهما الله): أن الوكيل بالخصومة إذا أقر على موكله في مجلس القاضي، فيصح، وفي غير مجلس القاضي لا. أمَّا الإمام أبو يوسف فكان قوله الأول مثل قول الشافعية؛ يعني لا ينفذ إقراره أصلًا، ثُمَّ رجع وقال: يجوز في مجلس القاضي وغيره. أمَّا الإمام زفر (رحمه الله) فهو مع الشافعية في هذه المسألة، وقد بسط الكلام في الموضوع السرخسي في عدة مواضع من كتابه «المبسوط» (١٤/ ١٥٤؛ ١٩/ ٤، ٥) فليراجع. وانظر: «لسان الحكام» (ص٢٥١)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٤)، «البحر الرائق» (٧/ ١٨١).

(٤) ورد في (ق): «في الوكالة مخاصمًا».

(٥) ورد في (أ): «سمعت»، وفي (ق): «يسمع»، والمثبت من (د، ط، ي).

الإقرار. وهذا ضعيف؛ لأنَّه لم يستفد التعديل من الوكالة، فإنَّه يعدِّل من غير وكالة.

نعم، لا يجعل تعديله وحده كإقرار الموكل بعد التّهم[١]، ولا وجه لما أطلقه الأصحاب، إلَّا أنَّه بتعديل الشهود مقصر في الوكالة، وتارك حق النصح والغبطة له[٢].

● **السادسة**[٣]: **إذا قال: خذ مالي من فلان؛ فمات؟** لم يأخذه من ورثته؛ لأنَّه قد يرضى بيد ورثته. ولو قال: خذ مالي من الحق على[٤] فلان؟ جاز أن يأخذ من ورثته؛ لأن قصده استيفاء الحق[٥]. وكذلك لو وكّل العدل في بيع المرهون ـ وهو حنطة ـ فأتلفها أجنبي فأخذ مثلها، لم يكن له بيعها؛ لأن الإذن لم[٦] يتناول البدل[٧].

---

(١) ورد في (د): «بعد اتهم».
(٢) كلمة «له» لم ترد في (ق، د، ط).
(٣) ورد هذا في (ق، د، ط، ي): «السابعة».
(٤) من قوله: «لم يأخذه من ورثته» إلى قوله «على»، سقط من (د).
(٥) كذا ذكره ـ بشيء يسير من الاختلاف في التعبير ـ الشيرازي في «المهذّب» (١/ ٣٥٢)، وقال في تكملة «المجموع»: أمَّا إذا قال الموكل لوكيله: قد وكلتك في استيفاء مالي على زيد؛ فمات زيد؛ جاز للوكيل أن يستوفيه من وارثه. فإذا قال الموكل لوكيله: قد وكلتك في استيفاء مالي من زيد؛ فمات زيد؛ لم يجز للوكيل أن يستوفيه من وارثه. والفرق بينهما: أن الأمر باستيفائه من زيد في الأول متوجه إلى المال، فجاز أن يستوفيه من ورثته، والأمر باستيفائه من زيد في الثاني متوجه إلى زيد أن يكون هو المستوفى منه، فلم يجز أن يستوفيه من غيره. «المجموع» (١٤/ ١٢١).
(٦) ورد في (أ): «لا يتناول»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي): كما ورد في (ق): «ما تناول».
(٧) جاء في تكملة «المجموع»: فإذا وكّل العدل لأمانته وصدقه في بيع الرهن، =

• **السابعة**[١]: **لو وكّل رجلين بالخصومة، فهل لكل واحد الاستبداد؟ فيه وجهان:**

أحدهما: لا[٢]؛ كالوصيين والوكيلين في التصرف.

والثاني: نعم؛ لأن العرف في الخصومة يجوّز ذلك.

• **الثامنة: إذا سلّم إليه ألفًا، وقال: اشترِ بعينها عبدًا؛ فاشترى في الذمّة؛ لم يقع عن الموكل؛ لمخالفته.**

ولو قال: اشترِ في الذمة، واصرف الألف فيه[٣]؛ فاشترى بعينها؛ فوجهان[٤]، ووجه التصحيح: أنَّه لم يتفاوت، إلَّا أنَّه ينفسخ العقد بتلفه، فلا يلزم الألف عند التلف.

ولو اشترى في الذمة؛ للزمه[٥] في التلف والبقاء، فقد زاده خيرًا.

ولو سلّم الألف وقال: اشترِ عبدًا مطلقًا؛ فعلى ماذا يُحمل؟ فيه وجهان[٦]. فإن حملنا على الشراء بعينه؛ لم يجز الشراء في الذمة.

= فأتلفه غيره، فأخذت القيمة من المتلف، فلا يجوز له أن يبيع القيمة ليحصل على الثمن لرده إلى الموكل؛ لأن الإذن لا يتضمن بيع القيمة، وإنَّما كان قاصرًا على بيع الرهن، وليست القيمة عين الرهن. (١٤/ ١٢١).

(١) ورد هذا في (ق، د، ط، ي): «السادسة».

(٢) هذا هو أصح الوجهين، قال الرافعي: فأصحّ الوجهين أن كل واحد منهما لا يستقل بها، بل يتساويان ويتناصران، كما لو وكل رجلين ببيع أو طلاق أو غيرهما، أو وصى إلى رجلين. «فتح العزيز» (١١/ ٥٤)، «الروضة» (٤/ ٣٢١).

(٣) ورد في (د): «إليه».

(٤) **أصحهما**: المنع؛ لأنَّه ربَّما يريد حصول ذلك المبيع لو سلم ما يسلمه إليه أو تلف. «فتح العزيز» (١١/ ٥٧)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٢٤).

(٥) ورد في (أ): «فلزمه»، والمثبت من (د، ط، ي).

(٦) أظهرهما: أن الوكيل يتخير بين أن يشتري بعينه أو في الذمة. «فتح العزيز» (١١/ ٥٨)، «الروضة» (٤/ ٣٢٤).

• **التاسعة**: **إذا قال**: **بع من زيد بألف؛ فباع بألفين**؛ لم يجز؛ لأن له في مسامحته غرضًا بعد التعيين[١]، إلَّا إذا علم خلافه بالقرينة.

وإن وكله في بيع عبد بألف، فباع نصفه بألف؛ جاز. ولو كان بما دون الألف؛ لم يجز؛ لأن الباقي ربَّما لا يشترى بما يكمّل الألف.

ولو قال: بع ثلاثة أعبد بألف؛ فباع واحدًا بما دون الألف؟ لم يجز؛ [لأن الباقي ربَّما لا يشترى بما يكمّل الألف][٢]. ولو باع بألف؟ جاز[٣].

وهل يبقى وكيلًا في بيع الباقي؟ **وجهان**:

أحدهما: لا؛ لحصول المقصود.

والثاني: نعم[٤]، كما إذا باع دفعة واحدة بألفين مع القدرة على بيع واحد بألف.

فإن[٥] قال: اشترِ العبد بمائة ولا تشتره بخمسين؛ لم يشتره بخمسين، ولا بما فوق المائة، ويشتري بما بين[٦] المائة والخمسين[٧].

---

(١) ورد في (أ): «اليقين»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٢) ما بين المعكوفتين لم يرد في النسخ الأخرى.

(٣) قال الرافعي: «ولو قال: بع هؤلاء الأعبد الثلاثة بألف؛ لم يبع واحدًا منهم بما دون الألف؛ لجواز أن لا يشترى الباقيان بالباقي من الألف، ولو باعه بألف صح». «فتح العزيز» (١١/ ٧١).

(٤) هذا هو أصح الوجهين، كما نصّ عليه الرافعي والنووي. «فتح العزيز» (١١/ ٧١)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٣٣).

(٥) ورد في (أ): «ولو»، والمثبت من (د)، كما ورد في (ط، ي): «وإن».

(٦) ورد في (أ): «فوق»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٧) ورد في (ي، أ): «الخمسين والمائة»، والمثبت من (ط، د). وورد في (د) النص التالي: «ولا تشتر بخمسين لم يشترِ بالخمسين، ولا بما فوق المائة ويشتري بما بين المائة والخمسين».

وهل يشتري بما دون الخمسين؟ وجهان[١].

ولو قال: اشترِ العبد بمائة؛ فاشتراه بمائة وعشرة؛ لم يقع عن الموكل.

وقال ابن سريج: يقع، ويلتزم[٢] الوكيل من عنده عشرة. وهو باطل بما لو باع العبد المأذون في بيعه[٣] بمائة، بتسعين، فإنَّه لا يصح البيع، اعتمادًا على ضمان العشرة.

[وقال الإمام: ما ذكره ابن سريج له وجه، فإنّ من قال لغيره: بع دارك من فلان، ولك عليّ عشرة؛ جاز على أحد الوجهين، فكذلك فعله ينزّل على هذا؛ إذ ليس يردّ عليه إذا قال: بع بمائة؛ فباع بتسعين؛ لأن الوكيل ما يرضى بالتزامه، ولم يجز مشارطة بين الوكيل والموكل في التزامه المال بأن يبيع بتسعين][٤].

فإن قيل: فحيث خالف الوكيل، ما حكمه؟

قلنا: إن خالف في البيع؛ يبطل[٥] أصلًا. وإن خالف في الشراء[٦]واشترى بعين[٧] مال الموكل؛ أيضًا بطل. وإن كان في الذمة؛

(١) الأصح: عدم الجواز؛ قياسًا على البيع. هذا هو المذكور في «الروضة» و«الفتح». «فتح العزيز» (١١/ ٤٧)، «الروضة» (٤/ ٣١٦ ـ ٣١٧).

(٢) ورد في (أ): «يلزم»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(٣) ورد في (أ): «بيع سلعة»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٤) هذه الزيادة من (د)، ولم ترد في أي نسخة أخرى.

(٥) ورد في (ط، ي): «بطل».

(٦) في (أ): «أيضًا واشترى»، بتقديم كلمة (أيضًا)، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٧) ورد في (أ): «بغير»، وهو خطأ، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي)، وهو الذي نصّ عليه كل من النووي، والرافعي في كتبهما.

وقع عن الوكيل، إلَّا إذا صرّح بالإضافة إلى الموكل، ففيه وجهان:

أحدهما: أنَّه يلغي إضافته[١].

والثاني: أنَّه يبطل من أصله؛ لأنَّه لا يحتمل كلامه مع التصريح بإضافته[٢] إليه. بخلاف المطلق.

الحكم الثاني للوكالة:
ثبوت[٣] حكم الأمانة للوكيل

حتى أن ما يتلف في يده من المبيع والثمن والمشترى، لا يضمنه إذا لم يتعدّ[٤]، فلو طولب بالرد، فامتنع؛ عصى[٥]، وصار ضامنًا. ولو انتفع بالمبيع أيضًا؛ صار ضامنًا. فلو باع بعد التعدّي؛ صحّ، ولم يضمن الثمن وإن قبضه؛ لأنَّه لم يتعدّ[٦] في عينه.

ولو وكّل ببيع شيء يساوي عشرة، فباع بتسعة؛ يجوز؛ لأن هذا القدر يتغابن[٧] الناس بمثله، والاحتراز عنه عسير.

---

(١) وهذا هو الوجه الأصح، قال الرافعي: **وأظهرهما**: يقع عن الوكيل، وتلغو تسمية الموكل؛ وهذا لأن تسمية الموكل غيره معتبرة في الشراء، فإذا سمّاه ولم يمكن صرف العقد إليه صار كأنَّه لم يسمّه. «فتح العزيز» (١١/ ٥٩).
وانظر كذلك: «روضة الطالبين» (٤/ ٣٢٤).

(٢) ورد في (أ): «بإضافة»، والصحيح ما أثبتناه من (ط)، وفي (ي): «إضافته» من غير الباء.

(٣) في (أ): «بثبوت»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٤) ورد في (أ): «لم يتعذر»، والصحيح ما أوردناه من (ق، د، ط، ي).

(٥) ورد في (أ): «وعصى» والواو زائدة لا تصح ولم ترد في أي نسخة أخرى.

(٦) ورد في (أ): «لم يتعذر»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٧) ورد في (أ): «يتغاير»، ولعله تصحيف، والصحيح ما أثبتناه من (د، ق، ط، ي).

ولو باع بثمانية؛ لم يصح العقد، ولا يضمن إذا لم يسلّم؛ لأنَّه هذيان صدر منه، ولم يتعلق بالعين، فيصح بيعه بعد ذلك بالعشرة.

فلو باع بثمانية وسلم، فقد تعدى، والموكل يستردّ(١) المبيع إن كان باقيًا.

وإن تلف في يد المشتري؛ ضمن المشتري عشرة(٢)، وله أن يطالب الوكيل أيضًا، ولكن بكم يطالبه(٣) **فيه ثلاثة أقوال**:

أحدها: بالعشرة. وهو الأظهر.

والثاني: بتسعة؛ إذ لو باع بتسعة وسلّم إليه لبرئ عنه.

والثالث: أنَّه يطالبه بدرهم، والباقي يتعين المشتري بمطالبته(٤)؛ إذ كان ينقطع المطالبة بأن يبيع بتسعة، فإذا باع بثمانية، فقد نقص درهم، والصحيح هو الأول(٥).

ثُمَّ كل ما ضمنه الوكيل يرجع به إلى المشتري؛ [لأنه](٦) تلف في يد المشتري، فالقرار عليه.

والوكيل في السّلم إذا أبرأ المسلم إليه عن المسلم(٧) فيه، ولم يعترف

---

(١) هكذا ورد في الأصل وفي (ط، ي)، وأمَّا (د) فقد ورد فيه: «وللموكل استرداد» والمعنى واحد.

(٢) ورد في (أ): «عشرة له» بزيادة «له»، ولم ترد في أي نسخة أخرى.

(٣) ورد في (أ): «يطالب» من غير الهاء، والزيادة من (د، ط، ي).

(٤) ورد في (أ): «لمطالبته»، وفي (ي): «وبمطالبته»، وما أثبتناه من (ق، د).

(٥) انظر لمزيد من التفصيل في موضوع «ثبوت حكم الأمانة للوكيل»: «فتح العزيز» للرافعي (١١/ ٦٠ ـ ٦١)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٢٥ ـ ٣٢٦).

(٦) ورد في (أ): «أن»، والزيادة من (ط، ي).

(٧) ورد في (د): «المسلف».

بكونه وكيلًا؛ نفذ الإبراء ظاهرًا [لا باطنًا](١)، وضمن الوكيل للموكل إن قلنا: إن الحيلولة بالقول سبب الضمان. ثُمَّ يضمن له قيمة رأس المال؛ فإنَّ الاعتياض عن المسلم فيه قبل القبض لا يجوز، بخلاف ما لو باع عينًا وأبرأ عن الثمن، فإنَّه يضمن مبلغ الثمن لا قيمة المبيع.

ومهما طولب الوكيل أو المودَع بالردّ فكان في الحمّام، أو مشغولًا بالطعام؛ لم يعص بهذا القدر من التأخير، وهو ظاهر بالعرف.

ولكن قال الأصحاب: لو تلف في هذه [المدة](٢)؛ ضمن، وإنَّما جاز له التأخير لغرض نفسه بشرط(٣) سلامة العاقبة.

وهذا ينقدح(٤) إذا كان التلف بسبب التأخير، وبعيد إذا لم يكن التأخير سببًا فيه(٥).

الحكم الثالث:
العهدة والمطالبة(٦)

ولها ثلاثة مواضع:

*** الأول: في الشراء:**

فالوكيل بالشراء، إن سلّم إليه الثمن؛ كان مطالبًا بتسليم ما سلِّم إليه.

---

(١) الزيادة من (د).
(٢) الزيادة من (ط، ي).
(٣) ورد في (أ): «شراء»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي، د).
(٤) ورد في (ط): «منقدح».
(٥) ورد في حاشية (ط) تعليق على هذه العبارة، نصّه كالتالي: «يعني بأن تلف بآفة سماوية، كموت الدابة وغيره، وهذا التفصيل ذكره إمام الحرمين».
(٦) انظر تفاصيل الموضوع في: «فتح العزيز» (١١/ ٦٢ ـ ٦٣)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٢٦ ـ ٣٢٧).

وإن لم يسلم الموكل إليه شيئًا، وأنكر البائع كونه وكيلًا[١]؟ فله مطالبته.

وإن اعترف بكونه وكيلًا؟ فثلاثة أوجه ذكرها ابن سريج:

أحدها: أنَّه المطالب؛ لأنه[٢] العاقد[٣].

والثاني: أنَّه لا يطالب إلَّا الموكّل، فإنَّه المتملِّك، والوكيل سفير.

والثالث: أنَّه يطالب أيهما شاء[٤].

ثُمَّ إن طالب الوكيل فالأصح أنَّه يرجع على الموكل، وفيه وجه: أن قوله: اشترِ لي؛ اقتراح هبة، فهو كقوله: أدّ ديني. وفي الرجوع ثمَّ خلاف.

* الموضع الثاني:

إذا خرج المبيع مستحقًّا، وقد تلف الثمن في يد الوكيل، فالمشتري يُطالب مَن[٥]؟ **فيه الأوجه الثلاثة**:

أحدها: الوكيل فقط؛ فإنَّه تلف في يده.

---

(١) أو قال: لا أدري هل هو وكيل، «فتح العزيز» (١١/ ٦٣).

(٢) ورد في (د): «فإنه»، والمثبت هو من معظم النسخ.

(٣) قال الرافعي: لأن أحكام العقد تتعلق به، والالتزام وجد منه. «فتح العزيز» (١١/ ٦٣).

(٤) وهذا هو الأظهر والأصح كما نصّ عليه الرافعي، والنووي، قال الرافعي: وهذا أظهر عند صاحب «التهذيب»، والإمام، وغيرهما، وإن رجّح صاحب الكتاب الأول. «فتح العزيز» (١١/ ٦٣)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٢٧).

(٥) قال الرافعي: الوكيل بالبيع إذا قبض الثمن إمَّا بإذن صريح أو بالإذن في البيع على رأي وتلف المقبوض في يده وخرج المبيع مستحقًّا، والمشتري معترف بالوكالة، فحق رجوعه بالثمن يكون على الوكيل؛ لأنَّه الذي يتولى القبض، وحصل التلف في يده، أو على الموكل؛ لأن الوكيل سفير ويده يده، أو على من شاء منهما، فيه الأوجه الثلاثة السابقة. «فتح العزيز» (١١/ ٦٤).

والثاني: الموكل؛ فإنَّه سفير من جهته.

والثالث: يطالبهما جميعًا(١).

ثُمَّ قرار الضمان على مَن؟ **فيه ثلاثة أوجه**(٢):

أحدها: أنَّه على الوكيل؛ إذ تلف في يده، فالموكل(٣) يرجع عليه.

والثاني: على الموكل؛ لأن الوكيل كان مأمورًا من جهته.

والثالث: لا يرجع أحدهما على صاحبه(٤) (٥)، وكُلّ من طولب استقر عليه.

* الموضع الثالث:

الوكيل بشراء(٦) العبد إذا(٧) قبض العبدَ المُشتَرى وتلف في يده، وخرج مستحقًّا، فالمستحق يطالب البائع لا محالة.

وفي مطالبته للوكيل والموكل الأوجه الثلاثة(٨).

---

(١) والأظهر هو الوجه الثالث، أنَّه يطالبهما جميعًا.

(٢) قال الرافعي: وإن قلنا: يرجع على من شاء منهما؛ فثلاثة أوجه: **أشهرها**: أنَّه إن غرم الموكل لم يرجع على الوكيل، وإن غرم الوكيل رجع على الموكل؛ لأن الموكل قد غرّ الوكيل، والمغرور يرجع على الغار دون العكس. «فتح العزيز» (١١/ ٦٤ ـ ٦٥)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٢٨).

(٣) ورد في (د، ط): «والموكل».

(٤) ورد في (أ): «الآخر»، والنسخ الأخرى جميعها متفقة على ما أثبتناه.

(٥) قال الرافعي: أمَّا الموكل فلأنَّه غارم، وأمَّا الوكيل فلحصول التلف في يده. «فتح العزيز» (١١/ ٦٥).

(٦) ورد في (أ): «اشترى»، والذي أثبتناه هو الصحيح من (د، ط، ي).

(٧) ورد في (أ): «لو»، وفي (ط، د): «إذا» وهو المثبت، ولم يرد في (ي).

(٨) الوكيل بالشراء إذا قبض المبيع وتلف في يده، ثُمَّ تبين أنَّه كان مستحقًّا لغير البائع، فللمستحق مطالبة البائع بقيمة المبيع أو مثله؛ لأنَّه غاصب، ومن يده خرج المال. =

وكذا الخلاف في القرار، وتقرير الضمان على الموكل هاهنا أبعد؛ لأنَّه لم يسبق منه تغرير، بخلاف التوكيل في البيع.

الحكم الرابع للوكالة:
الجــواز

فهو جائز من الجانبين.

* **وينعزل الوكيل بثلاثة أسباب:**

* **الأول:**

عزل الموكل إياه[١] بمشهد منه. وإن كان في غيبته فينعزل[٢] مهما بلغه الخبر.

وقبل بلوغ الخبر قولان:

المنصوص[٣]: أنَّه ينعزل؛ لأنه لا يفتقر إلى رضاه، فلا يفتقر إلى حضوره [وعلمه][٤].

والثاني: لا؛ لأنَّه لا يوثق[٥] بتصرفه لو تُصوِّر[٦] عزله دون معرفته،

= وفي مطالبة الوكيل والموكل الأوجه الثلاثة، قال الإمام (رحمه الله تعالى): والأقيس في المسألتين أنَّه لا رجوع له إلَّا على الوكيل؛ لحصول التلف عنده؛ ولأنَّه إذا ظهر الاستحقاق بان فساد العقد، وصار الوكيل قابضًا ملك الغير بغير حق. «فتح العزيز» (١١/ ٦٥).

(١) إمَّا بلفظ العزل، أو بأن يقول: رفعت الوكالة، أو فسختها، أو أخرجته؛ فينعزل. «فتح العزيز» (١١/ ٦٧).

(٢) ورد في (أ): «ينعزل» من غير فاء.

(٣) وعبر عنه الرافعي بالأصحّ.

(٤) الزيادة من (ط، د)، وفي (ي) لم ترد مثل (أ).

(٥) ورد في (أ): «لم يوثق»، والمثبت من (د، ط، ي).

(٦) ورد في (أ): «يتصور»، والمثبت من (ط، ي).

فصار كالقاضي[١].

وفي القاضي وجه: أنَّه ينعزل [في الغيبة][٢] وهو بعيد، فإن عزل القاضي بغير سبب لا يجوز، وعزل الوكيل جائز.

ولا خلاف في أن الموكل لو باع ما وكّل في بيعه، أو أعتق، انعزل الوكيل ضمنًا.

فإن قلنا: ينفذ عزله في الغيبة، فليُشهد الموكلُ عليه؛ فإنَّه لا يُسمع مجرّد قوله بعد تصرّف الوكيل[٣].

*** الثاني[٤]:**

عزل الوكيل نفسه[٥] وتعدّيه في مال الوكالة، ليس ردًّا للوكالة، بل يبقى وكيلًا على الأصح، وإن صار ضامنًا.

وإنكاره الوكالة هل يجعل إنشاءً للرد؟ **فيه ثلاثة أوجه:**

والأصح: هو الثالث، وهو أنَّه إن قال ذلك عن نسيان، أو لغرض في إخفاء الوكالة؛ فلا يكون عزلًا.

---

(١) وبه قال أبو حنيفة (رحمه الله تعالى) أنَّه لا ينعزل، كما أن القاضي لا ينعزل ما لم يبلغه الخبر، وحكم الفسخ لا يلزم المكلفين قبل بلوغ الخبر؛ ولأن تنفيذ العزل قبل بلوغ الخبر إليه يسقط الثقة بتصرفه. «فتح العزيز» (١١/ ٦٧).

(٢) الزيادة من (ط، ي)، وفي (د): «الهبة»، وهو خطأ.

(٣) انظر: «فتح العزيز» (١١/ ٦٨)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٣٠).

(٤) ورد في (د): «السبب الثاني».

(٥) قال الرافعي: إذا قال الوكيل: عزلت نفسي، أو أخرجتها عن الوكالة، أو رددت الوكالة؛ انعزل. وقال بعض المتأخرين: إن كانت صيغة التوكيل: بع، أو أعتق، ونحوهما من صيغ الأمر؛ لم ينعزل بردّ الوكالة وعزله نفسه؛ لأن ذلك إذن وإباحة، فأشبه ما إذا أباح الطعام لغيره لا يرتد بردّ المباح له. «فتح العزيز» (١١/ ٦٨).

وإن أنكر مع العلم؛ فهو ردّ للوكالة من جهته(١).

* **الثالث:**

أن يخرج الموكلُ بالجنون أو الموت عن أهلية التوكيل، أو الوكيل عن أهليّة الامتثال بالجنون والموت(٢).

والأصح: أنّه لا ينعزل بالإغماء(٣)، وينعزل بالجنون وإن قلّ(٤).

وقيل: إنَّه لا ينعزل بهما. وقيل: ينعزل بهما جميعًا.

ولو وكّل عبده ثُمَّ أعتقه أو باعه أو كاتبه، ففي انعزاله **ثلاثة أوجه:**

أحدها: لا؛ لعموم الإذن، وبقاء الأهلية.

والثاني: نعم؛ لأنَّه أمر محمول على الاستخدام، وقد بطل مَحَلِّيَّةُ الاستخدام في حقه.

والثالث: أنَّه يُنظر إلى لفظه، فإن قال: وكلتك؛ بقي بعد زوال سلطنته. وإن قال: بع واشترِ ـ بصيغة الأمر ـ؛ فهو محمول على الاستخدام(٥).

❑❑❑

---

(١) انظر: «فتح العزيز» (١١/ ٦٩).

(٢) قال الرافعي: ينعزل الوكيل بخروجه أو خروج الموكل عن أهلية ذلك التصرف بالموت أو بالجنون الذي يطرأ أو يزول عن قرب، حكاية تردد عن صاحب «التقريب»، وضبط الإمام التردد بأن لا يكون امتداده بحيث تعطل المهمّات ويحوج إلى نصب قوام، فليلتحق حينئذٍ بالإغماء. «فتح العزيز» (١١/ ٦٨).

(٣) قال الرافعي: وفي الإغماء وجهان: **أظهرهما:** وبه قال في الكتاب أنَّه كالجنون في اقتضاء الانعزال. والثاني: وهو الأظهر عند الإمام (رحمه الله تعالى)، وبه قال في «الوسيط»: أنَّه لا يقتضي الانعزال. «فتح العزيز» (١١/ ٦٨)، وانظر كذلك: «روضة الطالبين» (٤/ ٣٣٠) فقد رجَّح النووي الانعزال.

(٤) ورد في (أ): «أقل»، والصحيح ما أثبتناه من النسخ الأخرى، (ط، ي).

(٥) لم أجد ترجيح واحد من هذه الأوجه الثلاث، لا عند الرافعي ولا عند النووي. انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٦٩)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٣١).

الباب الثَّالث

في تنازع الوكيل والموكِّل

ونزاعهما في ثلاثة مواضع:

الأول:

النزاع في أصل الوكالة أو صفتها

كقول الوكيل: وكَّلتني؛ فقال: ما وكَّلتك.

أو قال: وكَّلتني ببيع الكل؛ فقال: [بل][١] بالبعض.

[أو قال: أذنت لي بالبيع بالنسيئة؛ فقال: بل بالنقد][٢].

أو قال: أذنت لي في الشراء بعشرين؛ فقال: بالعشرة.

فالقول في جميع ذلك قول الموكل؛ لأن الأصل عدمه[٣].

---

(١) الزيادة من (ط، ي).

(٢) الزيادة من (د، ط، ي)، وفي (د): «بالبيع في النسيئة» بدل «بالنسيئة».

(٣) قال الرافعي: ولو توافقا على العقد واختلفا في الكيفيات أو المقادير، كما إذا قال: وكلتني ببيع كله أو بيعه نسيئة أو بشرائه بعشرين. وقال الموكل: لا، بل ببيع بعضه، أو بيعه نقدًا، أو بشرائه بعشرة. فالقول قول الموكل أيضًا؛ لأن الأصل عدم الإذن فيما يدّعيه الوكيل، والموكل أعرف بحال الإذن الصادر منه؛ ولأنَّه لمَّا كان القول في أصل العقد قوله، وجب أن يكون في الصفة والمقدار كذلك، كما أن الزوجين إذا اختلفا في عدد الطلاق، كان القول فيه قول الزوج؛ لأنهما لو اختلفا في أصله، كان القول فيه قوله. «فتح العزيز» (١١/ ٧٤).

فرعان:

أحدهما: إذا باع الوكيل بالنسيئة[(١)] وأنكر الموكل[(٢)] الإذن في الأجل، فإن كان المبيع قائمًا؛ استرد؛ إذ[(٣)] القول قوله. ولو أنكر المشتري كونه وكيلًا[(٤)]؛ لم يقبل قول الموكل عليه، بل يحلّفه على أنَّه لا يعلم كونه وكيلًا من جهته، فإذا حلف؛ فللموكل مطالبة الوكيل بقيمة السلعة. ثُمَّ إذا انقضى الأجل، فللوكيل أن يطالب المشتري بالثمن، ويأخذ منه ما غرمه[(٥)]. فإن زاد على ما غرمه؛ فالزيادة لا يدَّعيها لنفسه، ولا البائع[(٦)] والمشتري، فماذا يصنع[(٧)] به؟ [و][(٨)]في مثله خلاف مشهور.

فإن كذّب الوكيل نفسه أيضًا وقال: صَدَق الموكل؛ لم يكن له أن يطالب إلَّا بأقلّ الأمرين من الثمن أو القيمة؛ ليجبُر[(٩)] حق نفسه ممَّا غرم.

الثاني: إذا اشترى جارية بعشرين، فقال الموكل: ما أذنت إلَّا في عشرة؛ فالقول قوله. فإن كان اشترى بعين ماله؛ فهو باطل[(١٠)].

---

(١) ورد في الأصل «بالنسبية»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٢) هكذا ورد في (ط)، وورد في (ي): «البائع» بدل «الموكل».

(٣) ورد في (أ): «والقول»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(٤) من هنا إلى قوله «وكيلًا من جهته»: سقط من (د).

(٥) ورد في (ط، ي): (ويأخذه بما غرمه).

(٦) ورد في (أ): «ولا الموكل والمشتري»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٧) ورد في (أ): «فما زاد يضع به»، وهو خطأ، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٨) الزيادة من (د)، ولم ترد في (ط، ي).

(٩) ورد في (أ): «ليحرز»، وفي (د): «ليجيز»، والصحيح ما أوردناه من (ط، ي).

(١٠) قال الرافعي (رحمه الله): إن كان [اشترى] بعين مال الموكل؛ فإن ذكر في العقد أن المال لفلان والشراء له، فهو باطل؛ لأن المال في يده لم يتعلق به حق الغير قبل الشراء، فيقبل إقراره فيه، وحينئذٍ يكون العقد واقعًا بمال الغير، وقد ثبت بيمين من له المال أنَّه لم يأذن في الشراء الذي باشره الوكيل، فيلغو. «فتح العزيز» (١١/ ٧٤).

وإن اشترى في الذمة واعترف البائع بالوكالة؛ فكمثل. فإن أنكر الوكالة؛ لم يُقبل قوله على البائع، ويغرم الوكيل للموكل ماله مهما حلف على أنَّه لم يأذن، وتبقى الجارية في يد الوكيل، فيتلطّف الحاكم بالموكل ويقول له: لا يضرّك أن تقول للوكيل: بعتك الجارية بعشرين؛ حتَّى تُسلّم لك العشرون. فإن قال ذلك حصل الغرض(١).

وإن قال: إن كنت أذنت لك، فقد بعتك؛ **ففي هذه الصيغة وجهان، أصحهما**، وهو ظاهر كلام المزني: الصحة؛ لأن هذا مقتضى الشرع وإن لم يصرح. وإن أبَى(٢) الموكل ذلك، قال المزني: يبيع(٣) الوكيل الجارية ويأخذ ما غرم من ثمنها.

وقال الإصطخري: **وجهان: أحدهما**: ما قال المزني. **والثاني**: أنَّه يملك ظاهرًا وباطنًا(٤)؛ بناءً على ما إذا ادّعى على غيره أنّك اشتريت داري؛ فأنكر وحلف؛ فيُستحب للمشتري أن يقول: إن كنت اشتريته فقد فسخت. فإن لم يقل؛ فالبائع على قول: يبيع الدار ويأخذ ثمنها. وعلى قول: يملكه، ويكون إنكاره كإفلاسه، فهو أحق بعين(٥) ماله.

وقال أبو إسحاق: لا يملك الجارية، قولًا واحدًا. وهو

---

(١) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٧٥)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٣٩).
(٢) ورد في (أ): «أتى»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٣) ورد في (أ): «يتبع»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).
(٤) قال الرافعي: «ولو كان الوكيل صادقًا، ففيه أوجه: **أحدها**، ويحكى عن الإصطخري: أنها تكون للوكيل ظاهرًا وباطنًا حتَّى يحل له الوطء وكل تصرف، وبه قال أبو حنيفة (رحمه الله)، بناءً على أن الملك للوكيل ثُمَّ ينتقل إلى الموكل، فإذا تعذر نقله منه بقي على ملكه...». «فتح العزيز» (١١/ ٧٦)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٤٠)، تكملة «المجموع» (١٤/ ١٦٤).
(٥) ورد في (أ): «بغير» وهو تصحيف، والصحيح ما أوردناه من (ق، د، ط، ي).

الصحيح[(١)]، بخلاف مسألة الدّار، فإنَّ تعذّر الثمن سبب الرجوع[(٢)] إلى المبيع، وهاهنا لا معاملة بين الموكل والوكيل[(٣)].

فعلى هذا، الوجه أن يقال: [قد][(٤)] ظفر بغير جنس حقّه، فيأخذه بحقه، ويقطع بهذا القول هاهنا؛ لأن من له الحق لا يدّعيه لنفسه، بخلاف ما إذا ظفر بغير جنس حقه من مال مَن يدّعي المال لنفسه.

النزاع الثاني:
في التصرّف المأذون فيه

فإذا قال الوكيل: بعت أو أعتقت أو اشتريت؛ وأنكر الموكل[(٥)]؛ **فقولان**:

أحدهما: القول قول الوكيل؛ لأنَّه مأذون أمين [قادر][(٦)] على الإنشاء[(٧)]، وهو أعرف[(٨)] به.

---

(١) انظر: «فتح العزيز» (١١/ ٧٦).

(٢) ورد في (ي): «سبب للرجوع».

(٣) ورد في (ط): «الوكيل والموكل».

(٤) الزيادة من (د).

(٥) قال الرافعي: إذا وكله ببيع أو هبة أو صلح أو طلاق أو إعتاق أو إبراء، فقال الوكيل: تصرفت كما أذنتَ. وقال الموكل: لم تتصرف بعدُ؛ نُظر: إن جرى هذا الخلاف بعد انعزال الوكيل؛ لم يقبل قوله إلَّا ببينة؛ لأنَّه غير مالك للتصرف حينئذٍ. وإن وقع قبله؛ فقولان. «فتح العزيز» (١١/ ٧٨).

(٦) وقع في (أ): بياض في هذا الموضع، والزيادة من (د، ط، ي).

(٧) قال الرافعي: لأنَّه ائتمنه فعليه تصديقه؛ ولأنَّه مالك لإنشاء التصرف، ومن يملك الإنشاء يقبل إقراره؛ كالولي المجبر إذا أقر بنكاح موليته، وبهذا قال أبو حنيفة (رحمه الله تعالى)، إلَّا في النكاح إذا اختلف فيه الوكيل والموكل، فالقول قول الموكل. «فتح العزيز» (١١/ ٧٩).

(٨) ورد في (د): «اعترف».

والثاني: القول قول الموكل[١]؛ إذ الأصل عدمه، وقوله: بعت؛ إقرار على الموكل، فلا يلزمه.

وكذا الخلاف[٢] إذا وكّله بقضاء الدين، فقال: قضيت.

أمّا إذا ادّعى الوكيل تلف المال، فالقول قوله؛ لأنّه أمين، وإقامة البينة عليه غير ممكن.

ولو ادّعى الرد على الموكل، فكذلك القول قوله؛ لأنّه يبغي دفع العهدة عن نفسه، لا إلزام الموكل شيئًا، وطرَّد المراوزة هذا في كل [يدٍ هي][٣] أمانة في حق من صدر منه إثبات اليد، كيدِ الرهن والإجارة، والوكيل بالجعل، وذكر العراقيون في كل ذلك وجهين[٤].

هذا مع القطع بأن الوكيل لو مات، فادّعى وارثه الرد[٥]؛ لم يصدّق؛ لأنّه ليس مؤتمنًا[٦] من جهته، وكذا الولي[٧] والوصي إذا ادّعيا ردّ المال،

---

(١) وهذا هو أصحّ القولين كما نصّ عليه الرافعي، حيث قال: «وما الأصحّ من القولين؟ فكلام أكثر الأصحاب ترجيح تصديق قول الموكل، وهو اختيار ابن الحداد، ورجّحه الشيخ أبو علي من جهة القياس. وأضاف قائلًا: فإنَّ قول تصديق الوكيل منقول عن الشافعي (رضي الله عنه) في مواضع. . .». «فتح العزيز» (١١/ ٧٩)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٤٢). وهناك قول ثالث أشار إليه كل من الرافعي والنووي وهو: أن ما يستقل به الوكيل؛ كالطلاق والإعتاق والإبراء يُقبل فيه قوله مع يمينه، وما لا يستقل كالبيع فلا بدّ فيه من النيّة.

(٢) ورد في (أ): «الحكم»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٣) وقع في (أ): بياض في هذا الموضع، والزيادة من (د، ق، ط، ي).

(٤) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٧٩ ـ ٨٠)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٤٢).

(٥) [illegible] «[illegible]رد». والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٦) ورد في (أ): «موقنًا»، وهو تصحيف، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٧) ورد في (أ): «الوارث» بدل «الولي»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

وفي الوليّ وجه: أنَّه يصدق. نعم، اشتهر[(١)] الخلاف في أن ما صرفه إلى نفقته في صغره، هل يطالب بالإشهاد عليه، أم يصدّق بمجرد يمينه لأن في إقامة البينة عليه نوع عُسر؟

والملتقط، ومن طيّر[(٢)] الريح ثوبًا في داره: هؤلاء[(٣)] لا يصدّقون في دعوى الرد بمجرد اليمين.

أمَّا إذا ادّعى الوكيل الردّ على رسول المودع والموكل[(٤)]؛ فالظّاهر أنَّه لا يصدّق[(٥)].

وفيه وجه: أن الرسول كالمرسل، فيجب على الموكل التصديق؛ لأنَّه أمينه.

فرعٌ:

من يصدّق في دعوى الرد، فلو طولب بالرد هل له التأخير بعُذر الإشهاد؟ وجهان:

---

(١) ورد في (أ): «استمرّ»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي)، وفي (د): «أشهر».

(٢) ورد في (ط، د): «طيرّت».

(٣) ورد في (أ): «هولا»، وفي (د): «هاولا»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٤) ورد في (د): «فالموكل».

(٥) قال النووي: ولو ادعى الرد على رسول الموكل، وأنكر الرسول؛ صدِّق الرسول، ولا يلزم الموكل تصديق الوكيل على الصحيح، «منهاج الطالبين» (ص٦٦).
وقال الشربيني: ولو ادعى الوكيل الرد على رسول الموكل، وأنكر الرسول؛ صدّق الرسول بيمينه؛ لأنَّه لم يأتمنه، فلا يقبل قوله عليه، ولا يلزم الموكل تصديق الوكيل في ذلك على الصحيح؛ لأنَّه يدَّعي الرد على من لم يأتمنه، فليُقم البينة عليه. **والثاني**: يلزمه؛ لأنَّه معترف بإرساله، ويد رسوله كيده، فكأنَّه ادعى الرد عليه. «مغني المحتاج» (٢/ ٢٣٥).

أحدهما: لا[١]؛ لأنَّه مصدَّق بيمينه، والودائع تخفى غالبًا.

والثاني: نعم؛ لأنَّه يريد أن يتورع عن اليمين الصادقة[٢].

* وأمَّا من عليه الدَّين؛ فله أن يؤخر للإشهاد إن كان دَينه ثابتًا ببيِّنة. وإن لم يكن؛ قال العراقيون: هو كالوديعة؛ إذ يمكنه أن يقول: لا يلزمني شيء؛ فَيُصدَّق بيمينه[٣] ممَّا ادّعي عليه. وقال المراوزة: له تكليف الإشهاد[٤].

ولو قال لوكيله: اقضِ ديني؛ فليشهد على القضاء؛ ليكون مراعيًا للغبطة. فإن[٥] لم يُشهد وكان في غيبة الموكل؛ ضمن، مهما أنكر المستحق. وإن كان في حضرة الموكل؛ فوجهان[٦].

---

(١) وهذا هو الأشهر والأصحّ، قال الرافعي: **أشهرهما**: وهو الذي أورده العراقيون أنَّه ليس له ذلك؛ لأن قوله في الرد مقبول، فلا حاجة إلى البينة. **والثاني**: ويروى عن أبي هريرة (رحمه الله) أن له الامتناع، كيلا يحتاج إلى اليمين، فإنَّ الأمناء يتحرَّزون عنها ما أمكنهم. «فتح العزيز» (١١/ ٨٤)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٤٥).

(٢) وفيه وجه ثالث ذكره الرافعي والنووي وغيرهما: أنَّه إن كان التوقف إلى الإشهاد يورث تأخيرًا أو تعويقًا في التسليم، لم يكن له الامتناع، وإلَّا فله ذلك. «فتح العزيز» (١١/ ٨٤)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٤٥).

(٣) ورد في (أ): «فيما»، وفي (د): «مهما»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(٤) قال الرافعي: فإن كان عليه بينة بالأخذ فله الامتناع إلى الإشهاد؛ لأنَّه يحتاج إلى بينة الأداء إن توجهت عليه بينة الأخذ، وإن لم تكن عليه بينة بالأخذ فوجهان: **أصحهما** عند صاحب «التهذيب»: أن له أن يمتنع إلى الإشهاد؛ لأن قوله في الرد غير مقبول، **والثاني**: المنع؛ لأنَّه يمكنه أن يقول: ليس عندي شيء؛ ويحلف عليه، هذا ما أورده المشايخ العراقيون. «فتح العزيز» (١١/ ٨٤).

(٥) ورد في (أ): «وإن»، وهكذا في (ط)، والأولى ما أثبتناه من (د، ي).

(٦) وأصحّ الوجهين: أنَّه لا رجوع للموكل عليه، قال الرافعي: إن ترك الإشهاد على الدفع، فإن دفع بحضور الموكل، فلا رجوع للموكل عليه في أصحّ الوجهين. «فتح العزيز» (١١/ ٨٣).

وإذا قال: سلّم وديعتي إلى وكيلي؛ فإن سلّم بحضرته ولم يُشهد؛ لم يضمن. وإن كان في غيبته؛ فوجهان.

فإن قيل: فمن في يده المال أو عليه الحق، إذا اعترف لشخص بأنه[١] وكيل المستحق بالاستيفاء، فهل يجب عليه التسليم دون الإشهاد؟

قلنا: يجوز التسليم[٢] ولا يجب؛ لأن الموكل لو أنكر وكالته؛ لم تحصل براءة من عليه الحق.

وقال المزني: يلزمه؛ لأنَّه اعترف بكونه مستحقًّا للاستيفاء بالوكالة[٣]، فصار كما لو كان في يده مال ميت، واعترف[٤] لشخص بأنه[٥] وارثه، لا وارث له سواه: لا يطالبه[٦] بالإشهاد، بل يجب التسليم.

والفرق بينهما أنَّه اعترف للوارث بالملك، ولا يتوقع من غير المالك دعوى يعتد به. أمَّا هاهنا الإنكار من جهة الموكل المالك متوقع.

نعم، لو قال: لفلان عليّ ألف من جهة حوالة أحالها عليّ رجل آخر؛ **ففيه وجهان**:

أحدهما: أنَّه يجب عليه التسليم[٧]، دون إقامة حُجة على الحوالة؛

---

(١) ورد في (أ): «أنه»، من غير الباء، والأولى ما أثبتناه من (د، ي، ط).

(٢) ورد في (أ): «الإشهاد»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٣) انظر: «فتح العزيز» (١١/ ٨٥، ٨٦)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٤٦).

(٤) ورد في (د): «فاعترف».

(٥) ورد في (أ): «أنه»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٦) ورد في (د): «لا يطالب» من غير الهاء.

(٧) وهذا هو أصحّ الوجهين كما نصّ عليه الرافعي والنووي، قال الرافعي: «ولو جاء رجل وقال لمن عليه الدين: أحالني عليك فلان؛ فصدقه، وقلنا إذا صدق مدّعي الوكالة لا يلزمه الدفع إليه، فوجهان: **وأصحهما**: اللزوم؛ لاعترافه بانتقال الحق إليه كالوارث». «فتح العزيز» (١١/ ٨٦)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٤٦ ـ ٣٤٧).

لأنَّه اعترف بالاستحقاق بخلاف صورة الوكالة.

والثاني: لا؛ لأنَّه لم يجعله متأصلًا في الاستحقاق، بل زعم أنَّه تحوّل إليه عن جهة مستحق، فلعلّ المستحق يُنكر.

النزاع الثالث:

في استيفاء الثمن

وقد أطلق العراقيون فيه قولين، كما في البيع والعتق.

والتفصيل فيه عند المراوزة[١]: أنَّه إن ادّعى الموكل الثمن على المشتري، فقال الوكيل: قبضت وتلف في يدي؛ فلا يجب تصديقه؛ لأنَّه ليس يدعي على الوكيل شيئًا، ولا يتعرض الوكيل لغرم بسبب دعواه، إلَّا إذا نسبه إلى تسليم المبيع دون إذنه، فالقول قوله؛ حتَّى لا يتعرض للغرم[٢].

---

(١) ورد في هامش (ط) تعليق على «طريقة المراوزة» ونصه كالتالي: «هذه الطريقة التي نسبها إلى المراوزة هي الأظهر، وهي: أن الاختلاف إن كان قبل تسليم المبيع، فالقول قول الموكل، وإن كان بعد التسليم فوجهان، **أصحهما**: أن القول قول الوكيل؛ لأن الموكل ينسبه إلى الخيانة بالتسليم قبل قبض الثمن ويُلزمه الضمان، والوكيل ينكره. وهذا التفصيل فيما إذا أذن في البيع مطلقًا أو حالًا. فإن أذن في التسليم قبل قبض الثمن، أو أذن في البيع بثمن مؤجل، وفي القبض بعد حلول الأجل؟ فهاهنا لا يكون خائنًا بالتسليم قبل القبض، فالاختلاف كالاختلاف قبل التسليم».

(٢) وضّح لنا الإمام الرافعي صورة المسألة فقال: «إن ادّعى التلف أو الرد قبل أن يجحد لم يصدق؛ لأنَّه مناقض لقوله الأول، ولزمه الضمان، وإن أقام بينة على ما ادّعاه فوجهان: **أولاهما**: أنها تسمع؛ لأنَّه لو صدقه المدعي لسقط عنه الضمان، فكذلك إذا قامت الحجة عليه... **الثاني**، وهو الأظهر عند الإمام، وهو الذي أورده في الكتاب: أنها لا تسمع؛ لأن جحوده الأول كذّب هذه البينة...». «فتح العزيز» (١١/ ٨٨).

فإن حلف، فهل يبرأ المشتري بحلفه؟ وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنَّه صُدّق في استيفاء الثمن.

والثاني: لا؛ لأن يمينه حجة دافعة عنه لا يصلح لتبرئة ذمّة المشتري.

أمَّا إذا ادّعى الموكل على الوكيل أنَّه قبض الثمن، فأنكر الوكيل، فالقول قوله. فلو أقام الموكل بينة على القبض[١]، فادّعى الوكيل تلفًا[٢] أو ردًّا قبل الجحود؛ لم يصدّق؛ لأنَّه صار خائنًا بالجحود. فإن أقام بينة، فالأصح أنَّه لا يقبل؛ لأن البيِّنة تبتني على الدعوى، ودعواه مناقضة لقوله الأول وجحوده، فلا يُسمع.

ولو أقام البيّنة على تلف بعد الجحود، فكذلك[٣] على أحد[٤] الوجهين.

ولو أقام البيّنة على ردّ بعد الجحود قُبل؛ لأنَّه إذا ثبت كونه غاصبًا[٥] فأقصى ما عليه أن يردّ، ويُشهد، فكيف نكلّفه أمرًا يزيد عليه؟ والله أعلم.

❑❑❑

---

(١) ورد في (أ): «وادعى»، والمثبت من (ط، ي).
(٢) ورد في (أ): «ألفًا»، وهو خطأ، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٣) ورد في (أ): «فلذلك»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).
(٤) كلمة «أحد» لم ترد في (ي).
(٥) ورد في (ي): «عاصيًا».



[٢٨]
كتابُ الإقـرار(١)

وفيه أربعة أبواب.

(١) **الإقرار لغة**: إخبارٌ عمّا قرَّ وثبت وتقدم، ومعناه: الاعتراف، وترك الإنكار، من: استقرّ بالمكان، إذا وقف فيه ولم يرتحل عنه، وقرار الماء وقرارته: حيث ينتهي جريانه ويستقر، تكملة «المجموع» (٢٠/٢٨٨). وقيل: إثبات الشيء، «التعاريف» (١/٨٣). وقيل: الاعتراف، «الحدود الأنيقة» (ص٧٤)، «المطلع» (ص٤١٤)، «تحرير ألفاظ التنبيه» (ص٣٤٢).
وفي الاصطلاح: قيل: «إخبار عن حق سابق». وقيل: «إخبار الشخص بحق عليه لغيره». وقيل: «إخبار عن حق ثابت على المخبر». وقد عرّفه البسطامي بقوله: «هو الإخبار بحق للآخر على نفسه»، «الحدود والأحكام الفقهية» (ص٨٨)، «التعاريف» (ص٨٣). وعرّفه القونوي بقوله: «هو إخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه»، «أنيس الفقهاء» (ص٢٤٣). وقال الجرجاني: «إخبار بحق لآخر عليه وإخبار عما سبق»، «التعريفات» (ص٥٠). والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِيۖ قَالُوٓاْ أَقْرَرْنَاۚ﴾ [آل عمران: ٨١]، وقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقول الرسول ﷺ: «**واغدُ يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها**»، «صحيح البخاري» كتاب الوكالة (٢٣١٥)، كتاب الشروط (٢٧٢٥)، كتاب الحدود (٦٨٢٨)، «صحيح مسلم» كتاب الحدود (١٦٩٨). =

. . . .

* * *

= وقد أقرَّ ماعز بالزنا فرجمه النبي ﷺ، واعترفت الجهينية عند النبي ﷺ فأمر برجمها، والحكم بالإقرار جاء في عدد من النصوص والأحكام النبوية، قال ابن قدامة: وقد أجمع الأئمة على صحة الإقرار؛ لأنَّه إخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة، فإنَّ العاقل لا يكذب على نفسه كذبًا يضرُّ بها، ولهذا كان آكد من الشهادة»، «المغني لابن قدامة» (٨/ ٣١٩). وفي «الإقناع في مسائل الإجماع» (٣/ ١٥٤٥): واتفق جميع العلماء على أن الرجل البالغ الحرّ الجائز الأمر إذا أقر بمال أو بملك في يده لرجل، أن إقراره لازم له، والواجب الحكم بملكه.

الباب الأوَّل
في أركانه

وهي أربعة: المُقِر، والمُقَرّ له، والمُقَرّ به، وصيغة الإقرار.

الركن الأول: المُقِرّ

وهو ينقسم إلى [قسمين](١): مطلق، ومحجور [عليه](٢).

*** ونعني بالمطلق: المكلَّف الذي لا حَجر عليه.**

فيقبل(٣) إقراره على نفسه، بكل ما يتصور منه التزامه(٤) له؛ لقوله تعالى: ﴿كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ [وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ]﴾(٥)، وقوله ﷺ(٦): «**قولوا الحق ولو على أنفسكم**»(٧).

---

(١) الزيادة من (د).
(٢) الزيادة من (د).
(٣) في (أ): «فتقبل»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).
(٤) ورد في (د، ط): «التزام» من غير هاء.
(٥) الزيادة من (د)، والآية من سورة البقرة (٢٨٢).
وقد فسّرت شهادة المرء على نفسه بالإقرار، كما قال الطبري رحمه الله: وهل يشهد الشاهد على نفسه؟ قيل: نعم. وذلك أن يكون عليه حق لغيره، فيقرّ له بذلك. «تفسير الطبري» (٥/ ٣٢١).
(٦) لم يرد في (ق)، وفي (د): «عليه السَّلام»، وفي (ط): «صلّى الله عليه».
(٧) لم أجده بهذا اللفظ، وإنَّما ذكره الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٣/ ٥٢)؛ من حديث علي بن الحسين بن علي عن جده علي بن أبي طالب قال: ضممت =

*** وأمَّا المحجور [عليه][١]، فأسباب الحجر ستة:**

الصِّبا، والجنون، والتبذير، والرق، والفلس، والمرض.

*** أمَّا الصِّبا والجنون:**

فيقتضيان[٢] حجرًا مطلقًا على سائر الأقارير[٣]. نعم، لو أقرّ الصبيّ بالتبذير والوصية قُبل إن جعلناه من أهلهما[٤] [٥].

ولو قال: بلغت بالاحتلام؛ صُدّق؛ لأنَّه لا يقدر على إقامة بيّنة، ولم يُحلّف؛ إذ لا فائدة في تحليفه؛ فإنه[٦] إن كذب فالصبي لا يأثم بالحلف.

= إلى سلاح النبي ﷺ، فوجدت في قائم سيفه رقعة فيها: «صِل من قطعك، وأَحسن إلى من أساء إليك وقل الحق ولو على نفسك».

قال ابن الرفعة في «المطلب»: ليس فيه إلا انقطاع، إلا أنه يقوى بالآية؛ وفيما قال نظر؛ لأن في إسناده الحسين بن زيد بن علي، وقد ضعّفه ابن المديني وغيره.

وقال ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» (٢/ ٩٦): «حديث «**قولوا الحق ولو على أنفسكم**» غريب، ليس في الكتب الستة، وهو في أحاديث عمرو بن السماك من رواية علي، ولفظه «**قل الحق ولو على نفسك**» وفي إسناده ضعف».

(١) الزيادة من (ط).

(٢) ورد في (أ): «فيقصان»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي)، وورد في (د): «فيقضيان».

(٣) خلافًا لأبي حنيفة (رحمه الله)، حيث قال: إن كان مميزًا مأذونًا من جهة الولي، صحّ إقراره كتصرفاته. «فتح العزيز» (١١/ ٩١).

(٤) ورد في (د): «أهلًا لهما».

(٥) قال الرافعي: ولنا قول في صحة تدبيره، ووصيته، فعلى ذلك القول يصح إقراره بهما. «فتح العزيز» (١١/ ٩١).

(٦) ورد في (أ): «وإنه»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

وإن قال: بلغت بالسّنّ؛ لم يقبل[(١)]؛ لأنّ تاريخ المواليد يُعرف[(٢)]، إلّا الصبيّ المجهول الخامل ففيه [تردّد[(٣)] و]احتمال[(٤)]، ولعلّ الأظهر الاعتماد على الإنبات[(٥)] في حقه، كما فعلناه في صبيان الكفّار[(٦)]؛ لأجل الضرورة.

* **أمّا التبذير[(٧)]:**

لا يوجب حجرًا عن الإقرار بموجبات العقوبات؛ لأنّه قادر على التزامها، وإقراره بالأموال غير مقبول، كما مضى في كتاب الحجر.

---

(١) ويُطالب بالبينة، لإمكانها، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٥).
(٢) ورد في (د): «تواريخ المواليد تعرف».
(٣) الزيادة من (د).
(٤) قال الرافعي: نعم لو كان غريبًا خامل الذكر فيلحق بدعوى الاحتلام، أو يطالب بالبينة لإمكانها من حيث المدعى، أو ينظر في الإثبات لتعذر معرفة التاريخ، كما في صبيان الكفار؟ فيه ثلاثة احتمالات للإمام (رحمه الله تعالى). **والظاهر**: الثاني؛ لأنّه إذا أمكن إقامة البينة كُلّف إقامتها، ولم ينظر إلى حال المدّعى وعجزه. «فتح العزيز» (١١/ ٩١ ـ ٩٢)، كذا ذكره النووي في «روضة الطالبين» (٤/ ٣٥٠).
(٥) ورد في (أ): «الإثبات»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).
(٦) إنبات العانة يقتضي الحكم بالبلوغ في حق الكفار، خلافًا لأبي حنيفة، قال الرافعي: «لنا: ما روي أن سعد بن معاذ حكم في بني قريظة، فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم، فكان يكشف عن مؤتزر المراهقين، فمن أنبت منهم قتل، ومن لم ينبت جعل في الذراري»، الحديث متفق عليه دون قصة الإنبات من حديث أبي سعيد. هذا وقد فصّل الكلام في ذلك الحافظ ابن حجر، وذكر روايات الإنبات، فليراجع: «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٢).
(٧) التبذير: إفساد المال وإنفاقه في السّرف. وقيل: التبذير أن يُنفق المال في المعاصي، وقيل: هو أن يبسط يده في إنفاقه حتّى لا يبقى منه ما يقتاته. «لسان العرب» (٤/ ٥٠).

وفي إقراره بالإتلاف[١] للمال خلاف، ولا يقبل إقراره بالنكاح؛ لأنَّه لا يستقل به، وفيه التزام مال، ويُقر بالطلاق؛ لأنَّه يستقل به، وكذا بالعفو عن القصاص وبالنّسب.

والسَّفيهة[٢] إذا أقرت بالنكاح ففيه تردد، من حيث إنها بالسَّفه رُبما ترقّ[٣] نفسها في غير موضعه.

* أمَّا الفَلَس:

فلا يوجب حجرًا إلَّا في الإقرار بما يفوّت حق الغرماء. وفي إقراره بدَين مستند إلى ما قبل الحجر، أو بإتلاف مال في الحال، إذا قلنا: إن المتلف عليه يضارب الغرماء لو ثبت[٤] إتلافه بالحجة؛ فيه قولان، سبق ذكرهما في كتاب «التفليس»[٥]. ثُمَّ ما يرِد من إقراره لحق الغرماء في الحال، فالصحيح أنَّه يطالب[٦] به بعد فك الحجر لا محالة.

* أمَّا الرق:

فلا يوجب حجرًا عن الإقرار بالعقوبات؛ لأنَّه مكلف قادر على التزامها، ولا نظر إلى إبطاله حق السيد؛ لأنَّه غير متهم فيه.

---

(١) ورد في (ق): «إتلاف المال».

(٢) قال الرافعي: قال الإمام (رحمه الله): وإقرار السفيهة بأنها منكوحة فلان، كإقرار الرشيدة؛ إذ لا أثر للسفه في النكاح من جانب المرأة، قال: وفيه احتمال من جهة ضعف قولها، وخبل عقلها، والعلم عند الله. «فتح العزيز» (١١/ ٩٢).

(٣) ورد في (أ): «يرق»، والأولى ما أثبتناه من (ي، ط).

(٤) ورد في (د): «تلف».

(٥) قال النووي: فإن أقرَّ بدَين لزمه قبل الحجر عن معاملة أو إتلاف أو غيرهما، لزمه ما أقرّ به، وهل يقبل في حق الغرماء؟ قولان:
أحدهما: لا؛ لئلا تضرهم بالمزاحمة.
وأظهرهما: يقبل؛ ما لو ثبت بالبينة. «روضة الطالبين» (٤/ ١٣٢).

(٦) ورد في (أ): «يطالبه»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

وقال أبو يوسف، ومحمد، وزفر، والمزني: لا يقبل إقراره[١].

نعم، اختلف قول الشافعي (رحمه الله) أنَّه لو أقر [بسرقة فقطعت يده، فهل يتعلق المسروق برقبته؟ وجهان[٢]:

أحدهما: لا؛ لأنَّه يرجع إلى المال.

والثاني: بلى؛][٣] فإنَّه غير متهم[٤].

أمَّا إقراره بإتلاف مال يوجب[٥] التعلُّق برقبته، ولا يوجب عقوبة؛ فهو مردود، إن لم يصدّقه السيد، ثُمَّ الصحيح أنَّه يطالب به بعد العتق.

أمَّا إقراره بدين المعاملة، فلا يقبل في حق سيّده إلَّا إذا كان مأذونًا في التصرف، فيتعلق ما أقرّ به بماله.

---

(١) انظر: «مختصر المزني» (٣/ ١٦)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٥١)، وقد علّله الرافعي بقوله: لأنَّه ملك السيّد؛ والإقرار في ملك الغير لا يقبل، وعزاه لأحمد كذلك، وأضاف: ويروى عن أحمد أنَّه لا يقبل إقراره بما يوجب القتل، ويقبل بما يوجب سائر العقوبات. «فتح العزيز» (١١/ ٩٣).
قلت: لم أجد في كتب الفقه الحنفي نصًّا صريحًا يدل على أن الإمام أبا يوسف ومحمدًا يريان أن الرقيق لا يقبل إقراره، وإنَّما الموجود هو عن زفر (رحمه الله) فقط، وقد نص عليه عدد من الفقهاء، يقول المرغيناني: «لأن الأصل عنده (أي زفر) أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح؛ لأنَّه يرد على نفسه وطرفه...». «الهداية» (٢/ ١٢٩).
وانظر: «فتح القدير» (٥/ ٤١٠)، «بدائع الصنائع» (٧/ ٨٢).

(٢) ورد في (د): «على قولين».

(٣) ما بين المعكوفتين سقط من (أ)، والزيادة من (ي، ط، د، ق).

(٤) والقول الأول هو الصحيح كما نصّ عليه الرافعي، «فتح العزيز» (١١/ ٩٣)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٥١).

(٥) ورد في (أ): «وجب»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

و[إن][(١)] أقر المأذون بمال مطلق، فالظاهر أنَّه لا يُقبل إذا لم يُسنده إلى المعاملة، ومنهم من نزّل المطلق على المعاملة[(٢)].

ثُمَّ لو حجر عليه [السيّد][(٣)] فأقر بأنَّه كان لزمه دَين قبل الحجر، فالظاهر أنَّه لا يقبل؛ لأنَّه لا يقدر على الإنشاء في هذه الحالة[(٤)].

وحكى الشيخ أبو محمد وجهًا أنَّه يقبل، فإنَّه لا يُؤمن أن يحجر[(٥)] السيد عليه، لمَّا عرف إحاطة الديون به، وهذا يعارضه أنَّه لا يؤمن أن يكذب[(٦)] العبد على سيّده مهما حجر عليه أبد الدهر.

* **أمَّا المرض:**

فلا يوجب الحجر عن الإقرار في حق الأجانب بالإجماع[(٧)]، وفي

---

(١) الزيادة من (ي، ط).

(٢) قال الإمام الرافعي: فلو أطلق المأذون الإقرار بالدين ولم يبين جهته، فينزل على جهة دين المعاملة أو لا ينزل على ذلك، لاحتمال أنَّه أراد دين الإتلاف، فيه وجهان، وأظهرهما: الثاني، «فتح العزيز» (١١/ ٩٥). كذا قاله النووي في «الروضة» (٤/ ٣٥٢).

(٣) الزيادة من (د، ط، ي).

(٤) قال النووي: ولو حُجر عليه فأقر بعد الحجر بدين معاملة إضافة إلى حال الإذن، لم تقبل إضافته على الأصح، «الروضة» (٤/ ٣٥٢). وقال الرافعي: والأظهر هاهنا المنع لعجزه عن الإنشاء في الحال، وتمكّن التهمة. «فتح العزيز» (١١/ ٩٥).

(٥) في (أ): «الحجر»، والصحيح هو المثبت من النسخ الأخرى.

(٦) في (أ): «كذب»، والمثبت من (د، ط، ي).

(٧) قال ابن المنذر: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز». انظر: «الإقناع» لابن المنذر (ص٣٨٣)، «المغني» لابن قدامة (٥/ ١٢٣).

وانظر كذلك: «الإقناع في مسائل الإجماع» لابن القطّان الفاسي (٣/ ١٥٤٦) رقم (٢٩٩٤).

حق الوارث قال الشافعي (رحمه الله): من أجاز إقرار الوارث[١] أجازه، ومن أبى ردّه.

فمن الأصحاب من قال: هذا ترديد قول من الشافعي (رحمه الله)، ففي المسألة قولان.

ومنهم من قطع بالصحة، وهو الصحيح[٢]، خلافًا لأبي حنيفة[٣]؛ لأنَّه لا مأخذ للردّ إلَّا التّهمة، وحالة المرض حالة انتفاء التّهم، كيف ولو تبنى ولدًا وحرم به ابن عمّه المكاشح لقُبل[٤]. فكلام الشافعي (رحمه الله)[٥] محمول على حكاية مذهب الغير.

[ثُمَّ إن قلنا: إنه][٦] مردود؛ فلو أقر لأخيه وله ابن ثُمَّ مات ولا ابن له، أو أقر ولا ابن له ثُمَّ ولد له ابن؛ فالاعتبار بحال الإقرار، أو بحال[٧] الموت؟ فيه خلاف مشهور[٨].

---

(١) ورد في (د): «الإقرار للوارث».

(٢) انظر: «المهذّب» للشيرازي (٢/ ٣٤٤)، «مغني المحتاج» (٢/ ٢٤٠)، «منهاج الطالبين» (ص٦٦)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٥٣)، هذا وقد اختار الروياني من الشافعية قول الإمام مالك في المسألة، وهو أنَّه إن كان المُقر متهمًا لم يقبل إقراره، وإلَّا قبل، نظرًا إلى فساد الزمان. «فتح العزيز» (١١/ ٩٧).

(٣) **مذهب الأحناف**: أنَّه لا يجوز إقرار المريض لوارثه بدين أو عين، إلَّا أن يصدقه الورثة، فإذا صدَّقوه؛ نفذ. انظر لمزيد من التفصيل وأدلة المذهب: «المبسوط» للسرخسي (١٨/ ٣١)، قال المرغيناني: ولو أقر المريض لوارثه؛ لا يصح، إلَّا أن يصدّقه فيه بقية الورثة. «بداية المبتدي» (ص١٧٤)، «الهداية» (٣/ ١٩٠)، «البحر الرائق» (٧/ ٢٥٥)، «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٢٤).

(٤) ورد في (أ): «يقبل»، وهكذا في (ي)، ولكنّ الأولى ما أثبتناه من (د، ط).

(٥) من (أ): (رضي الله عنه)، ولم يرد في (ق، د).

(٦) الزيادة من (ق، د، ط، ي)، وفي (د، ق): «قلنا» من غير «إن».

(٧) في (د): «بحالة الإقرار أو حالة».

(٨) قيل: فيه وجهان، وقيل: قولان: الجديد: أن الاعتبار بحال الموت كما في =

* **فروع [ثلاثة]**(١):

• **أحدها**: لو أقر في المرض بأنَّه وهب من الوارث قبل المرض وسلّم:

فمنهم من قال: لا يقبل، قولًا واحدًا(٢)؛ لأنَّه أقرّ(٣)؛ بما لا يقدر على إنشائه في الحال.

واختار القاضي أنَّه يقبل؛ لأنَّه لو ثبت صدقه لنفذ، فليكن له طريق إلى الخلاص بالصدق على نفسه.

• **الثاني**: لو أقر [بعين مما](٤) في يده لغيره، ثُمَّ أقر بدَين، فالإقرار بالعين مقدّم(٥)؛ لأنَّه أقر(٦) بالدين ولا مال له(٧).

ولو قدّم الإقرار بالدين؛ فوجهان:

أحدهما: تقديم العين(٨)؛ لأنَّه مات ولا مال له، والإقرار بالدين لم يحجر عليه في ماله، ولذلك كان ينفذ تصرفاته فيه.

= الوصية، وبه قال أبو حامد، وهو الأظهر في المذهب والأشهر. والقديم: أن الاعتبار بحال الإقرار، وبه قال أبو إسحاق، واختاره القاضي الروياني. «فتح العزيز» (١١/ ٩٧).

(١) الزيادة من (ط، د).

(٢) وقيل: إنَّه على القولين في الإقرار للوارث. ورجّح صاحب الكتاب هاهنا عدم القبول، واختار القاضي الحسين القبول؛ لأنَّه قد يكون صادقًا فيه، فليكن ذلك له طريق إلى إيصال الحق إلى المستحق. «فتح العزيز» (١١/ ٩٧).

(٣) ورد في (د، ط): «إقرار».

(٤) ورد في (أ): «بما»، والزيادة من (د، ط)، وفي (ي): «بعين ما» بميم واحدة.

(٥) ورد في (ط): «متقدم».

(٦) ورد في (ق): «إقرار».

(٧) لأنَّه مات المقر ولا يعرف له مال. «فتح العزيز» (١١/ ٩٩).

(٨) وهذا هو الأصحّ؛ لأن الإقرار بالدَّين لا يتضمن حجرًا في العين، ألا ترى أنَّه تنفذ تصرفاته فيه. «فتح العزيز» (١١/ ٩٩)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٣٥٥).

والثاني: أنهما يتزاحمان على التساوي؛ إذ لأحدهما[١] قوة التقدم، وللآخر قوة الإضافة إلى العين.

وكذلك لو أقر في حياته بدين مستغرق[٢]، وأقر وارثه عليه بعد موته بدين آخر؟ فقولان، **أحدهما**: يستبدّ[٣] الأول. وإقرار الوارث إقرار بعد الحجر. وهذا يقرب من القولين في إقرار المفلس.

وكذا الخلاف فيما يتجدد[٤] من دين بعد موته بتردّي إنسان [في][٥] بئر حفره في حياته، أنَّه هل[٦] يقتضي مضاربة ما ثبت[٧] في الحياة من الديون[٨]؟

وكذا الخلاف في الوارث إذا أقرّ بإقرارين متواليين أن اللاحق هل يزاحم السابق؟

---

(١) ورد في (أ): «أحدهما»، والأصح ما أثبتناه من (ق، د، ي، ط).
(٢) قال الرافعي: وقوله في تصوير المسألة «بدين مستغرق» غير محتاج إليه، بل الخلاف ثابت فيما إذا زادت التركة على قدر الدَّين الأول: ففي وجه يوزّع عليهما. وفي وجه: يوفى الأول بتمامه، ويصرف الفاضل إلى الثاني، «فتح العزيز» (١١/ ٩٨).
(٣) ورد في (أ): «يستند»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي)، وفي (ق): «يصرف».
(٤) ورد في (أ): «تجدد»، والأولى ما أثبتناه من (ي، ط).
(٥) الزيادة من (ق، د، ط، ي).
(٦) لم يرد في (د).
(٧) ورد في (ق): «فاثبت».
(٨) قال الإمام النووي، والرافعي نقلًا عن «التتمة»: «ولو ثبت عليه دين في حياته أو موته ثُمَّ تردّت بهيمة في بئر كان حفرها بمحلّ عدوان، ففي مزاحمة صاحب البهيمة ـ ربّ الدَّين القديم ـ الخلاف السابق فيما إذا جنى المفلس بعد الحجر عليه».
والأصح أنهما يتساويان، فيتضاربان في التركة. انظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٣٥٤)، «فتح العزيز» (١١/ ٩٨).

• **الثالث**: إذا[١] ادّعى إنسان أنَّه أوصى له بالثلث، وآخر أنَّه أقرّ له بألف، والميراث ألف، فصدّقهما[٢] الوارث؟

قال الصيدلاني[٣]: يُصرف إلى الدَّين[٤]؛ لأن قوله كقول المورث.

وقال أكثر الأصحاب: إن أقر بالوصية أولًا، سلّم للموصى له الثلث، والباقي للدَّين، وإن جاءا معًا قسّم الألف بينهما على نسبة الأرباع، [كما][٥] إذا أقر لواحد بالألف، ولآخر بثلث[٦] الألف.

الركن الثاني: المقرّ له

وله شرطان:

*** الأول: أن يكون محلًّا للاستحقاق[٧]:**

فلو قال: لهذا الحمار عليّ ألف؛ بطل إقراره[٨].

ولو قال: بسببه عليّ ألف؛ جعل إقرارًا لمالكه، كأنَّه استأجره منه[٩].

---

(١) لم يرد في (ق).

(٢) ورد في (ق): «تصدقهما»، وفي (د): «وصدّقهما»، وفي (ي): «فصدقه».

(٣) ورد في (أ): «الصيدلامي»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٤) قال الرافعي والنووي: وهذا هو الصواب والحق، سواء قدمنا عند ترتيب الإقرارين الأول منهما أو سوّينا بينهما. «فتح العزيز» (١١/ ٩٨)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٥٥).

(٥) الزيادة من (د).

(٦) ورد في (أ): «ثلث» من غير باء، والأولى ما أثبتناه من (ي، ط).

(٧) قال الرافعي: يشترط في المقر له أهلية استحقاق الحق المقر به، وإلَّا كان الكلام لغوًا وهزوًا. «فتح العزيز» (١١/ ١٠٠).

(٨) ورد في (أ): «إقرار» من غير هاء، والأولى ما أثبتناه من (ي، ط).

(٩) وعن الشيخ أبي عاصم العبادي وجه أنَّه لا يصح؛ لأن الغالب لزوم المال بالمعاملة، ولا تتصور المعاملة معها. «فتح العزيز» (١١/ ١٠٠).

ولو قال: لهذا العبد عليّ ألف؛ فهو إقرار لسيده.

ولو قال: للحمل الذي في بطن فلانة عليّ ألف، عن جهة وصية له، أو عن إرث له؛ صح؛ فإنَّه متصور[١].

وإن[٢] أطلق ولم يذكر السبب؟

فظاهر النص أنَّه لا يقبل؛ لأنَّه يبعد[٣] الاستحقاق للحمل، فيحمل على الوعد.

والقول الثاني، وهو الأقيس، [وهو][٤] مذهب أبي حنيفة[٥]: أنَّه يصح، وينزّل على ما يمكن.

ولو أضافه[٦] إلى جهة معاملة وقلنا: لا يقبل المطلق؛ فهذا أولى. وإن قبلنا[٧] المطلق؛ فهذا كقوله: لفلان عليّ ألف من [ثمن][٨] خمر، وسيأتي.

---

(١) يعني: أسنده إلى جهة صحيحة بأن يقول: ورثه من أبيه، أو يقول: أوصى به فلان له، فيعتبر إقراره. «فتح العزيز» (١١/ ١٠٠).

(٢) ورد في (د): «فإن».

(٣) ورد في (أ): «بعد»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(٤) الزيادة من (ي).

(٥) هو قول الإمام محمد من الحنفية، وعليه الفتوى. أمَّا قول الإمام أبي حنيفة، وأبي يوسف (رحمهما الله)، فهو: أن هذا الإقرار باطل، كما نصّ عليه الكاساني في «البدائع» (٧/ ٣٣٧)، والسرخسي في «المبسوط» (١٧/ ١٩٧)، قال السرخسي: والثالث أن يقر للجنين بمال مطلق من دَين أو عين، فيقول: لما في بطن فلانة عليّ ألف درهم، أو هذا العين ملك لما في بطن فلان، فولدت لمدة يعلم أنَّه كان في البطن وقت الإقرار، فالإقرار باطل في قول أبي يوسف (رحمه الله)، وقال محمد (رحمه الله): الإقرار صحيح... ثُمَّ فصّل القول في أدلة الفريقين.

(٦) ورد في (أ): «أضاف» من غير هاء، وما أثبتناه من (ق، د، ط، ي) هو الأصحّ.

(٧) ورد في (أ): «قلنا»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٨) الزيادة من (ق، د، ط، ي).

وقيل: إن هذا هزل محض، فلا يقبل قولًا واحدًا.

*** فرعان:**

أحدهما: لو خرج الحمل ميتًا طولب بتفسير إقراره، حتَّى إن كان وصيةً رُدّ إلى ورثة الموصى، وإن كان إرثًا صُرف إلى بقية ورثة المورث، وهذه مطالبة[١] ليس يتعين مستحقّها؛ إذ لا يُدرى أنها لمن هي؟ فلعل للقاضي ذلك بطريق الحسبة.

وإن خرج حيًّا وزاد على واحد سوّي في الوصية بين الذكر والأنثى، وفُضّل في الميراث الذكر على الأنثى.

الثاني: لو انفصل لما دون[٢] ستة أشهر من وقت الإقرار؛ فهو له، ولو انفصل لما فوق أربع سنين؛ فلا يصرف إليه. ولو كان بينهما؛ فقولان، **أظهرهما**[٣]: الصرف، اعتمادًا على الظاهر.

*** الشرط[٤] الثاني: أن لا يكذّب المقرّ له:**

فإن كذّب؛ لم يمكن[٥] تسليم المال إليه، فيقرّر في يد المقر، أو[٦] يأخذه القاضي على رأي[٧].

---

(١) ورد في (أ): «المطالبة» بالألف واللام، والمُثبت هو الأولى من (د، ق، ط، ي).

(٢) ورد في (أ): «الماذون» وهو خطأ، والصحيح ما أثبتناه من (ق، ط، ي)، وفي (د): «الماذون».

(٣) والقول الثاني: أنَّه لا يستحق؛ لأنَّا لا نتيقن وجوده عند الإقرار. «فتح العزيز» (١١/١٠١).

(٤) ورد في (أ): «الشر الثاني» من غير طاء، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٥) ورد في (أ): «فلم يمكن»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٦) ورد في (ق): «و» بدل «أو».

(٧) والقول الثالث: أنَّه يخيّر المقر له على القبول والقبض وهو بعيد، وأظهر الوجوه هو أنَّه يترك في يد المقر، كما كان؛ لأن يده تشعر بالملك ظاهرًا، والإقرار =

فإن رجع المقرّ له سلّم[١] إليه، وإن رجع المقرّ لم يؤثر؛ لأنَّه ثبت بإقراره استحقاق القاضي أو المقر له.

وقيل: إنَّا[٢] إذا قلنا: يقرّر[٣] في يده؛ فرجوعه مقبول بشرط أن لا يرجع المقرّ له بعده، فإن [رجع][٤] تبيّنّا[٥] بطلان رجوعه وبطلان تصرفاته[٦].

الركن الثالث: المُقَرّ به

*** وشرطه:**

أن يكون ممَّا يستحق جنسه، وأن يكون في يد المقرّ[٧] وولايته وتختص به، ولا يشترط كونه معلومًا.

ولو أقرّ بما في يد غيره فهو دعوى أو شهادة، وليس بإقرار.

ولا يشترط أن يكون في ملكه؛ لأن الإقرار ليس بمُزيل، بل شرطه أن لا يكون في ملكه، حتَّى لو شهد بأنَّه أقر، وكان ملكَه إلى أَن أقرّ، بطلت الشهادة.

= الثاني عارضه إنكار المقر له فيسقط، وأيضًا فإنا لا نعرف مالكه ونراه في يد المقر، فهو أولى الناس بحفظه. «فتح العزيز» (١١/ ١٠٣).

(١) ورد في (أ): «يسلّم»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٢) لم يرد في (د).
(٣) ورد في (د): «يقر».
(٤) الزيادة من (ق، د، ط، ي).
(٥) ورد في (أ): «تعينا»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٦) لمزيد من التفصيل يراجع: «فتح العزيز شرح الوجيز» للرافعي (١١/ ١٠٣ ـ ١٠٤).
(٧) قال الرافعي: «قوله يشترط أن يكون المقر به تحت يده وتصرفه؛ أراد به أنَّه إذا لم يكن تحت يده لم يسلطنا إقراره على الحكم بثبوت الملك للمقر له، بل يكون ذلك دعوى أو شهادة، وليس معناه أنَّه يلغو قوله من كل وجه، بل لو حصل المقر به في يده يومًا من الدهر يؤمر بتسليمه إليه...». «فتح العزيز» (١١/ ١٠٩).

ولو قال: هذه[١] الدار ملكي، وهي الآن لفلان؛ فهو إقرار باطل.

ولو قال: هذه الدار لفلان، وكانت ملكي إلى الإقرار؛ أخذناه بصدر كلامه، وألغينا آخره المناقض[٢] له.

ولو قال: داري لفلان، أو مالي [لفلان][٣]؛ فهو باطل. نصّ عليه الشافعي[٤] (رحمه الله). ولم يحمل [على][٥] أن قوله «داري» أراد به إضافة السكون[٦] أو المعرفة، وإن كان لذلك اتجاه.

* **فرعٌ:**

لو شهد بحريَّة[٧] عبد في يد غيره، فلم يقبل [شهادته][٨] فأقبل[٩] على شرائه؛ صحّت المعاملة.

وفي حقيقتها[١٠] **ثلاثة أوجه: أحدها:** أنَّه شراء. **والآخر:** أنَّه فداء. **والثالث:** أنَّه بيع من جانب البائع، فداء من جانب المشتري. وهو الأسدّ[١١].

---

(١) ورد في (ق): «هذا».
(٢) ورد في (أ): «المناقص»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٣) الزيادة من (ي، ط).
(٤) انظر: «فتح العزيز» (١١/ ١٠٧)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٦٠).
(٥) الزيادة من (ق، د، ط، ي).
(٦) ورد في (د): «السكنى».
(٧) ورد في (أ): «تحريه»، وهو خطأ، والصحيح ما أثبتناه من النسخ الأخرى.
(٨) الزيادة من (ط).
(٩) ورد في نسخة (ط، ي): «فأقدم» والمعنى واحد.
(١٠) أي: العقد الجاري بينه وبين البائع ما حكمه؟ أهو شراء أم افتداء؟ فيه ثلاثة أوجه.
(١١) قال الرافعي: والخلاف في أن الأغلب منهما ما إذا كان أو بما رآه؟ والمعتمد الذي رواه الأكثرون أنَّه بيع من جانب البائع لا محالة. ومن جانب المشتري وجهان: **أحدهما:** أنَّه شراء كما في جانب البائع. **وأصحهما:** أنَّه افتداء؛ لاعترافه بحريته، وامتناع شراء الحر. «فتح العزيز» (١١/ ١٠٩).

ويبتنى[١] عليه ثبوت الخيار لهما جميعًا[٢].

والأصحّ أنَّه لا يثبت للمشتري؛ لأنَّه ليس يثبت له ملك فيه بموجب قوله، لا كشراء القريب، فإنَّ الأَوْدِنِيّ[٣] ذكر: أنَّه يثبت الخيار للمشتري؛ لأنَّه يملك أولًا ثُمَّ يعتق عليه.

أمَّا العبد إذا اشترى نفسه فلا خيار له ولا لبائعه منه قطعًا؛ لأنَّه عقد عتاقة، فهو كقوله: أنت حرّ على مالي.

ونقل الربيع قولًا: أن هذه المعاملة لا تصح بين[٤] السيّد وعبده، وهو بعيد.

وإن شهد أنَّه غصبه من فلان، ثُمَّ اشتراه؛ لم تصحّ[٥]، إن صحّحنا[٦] بطريق الفداء، إذ ليس فيه تخليص العبد.

ثُمَّ الولاء في المشهود بحرِّيته موقوف، لا للبائع ولا للمشتري.

فلو مات العبد، قال المزني: له أن يأخذ[٧] من ماله مقدار الثمن

---

(١) ورد في (ط، ي، ق، د): «وعليه يبتنى».

(٢) قال الرافعي: أمَّا البائع؛ فيثبت له خيار المجلس والشرط بناءً على ظاهر المذهب في أنَّه بيع من جانبه، وأمَّا المقر المشتري؛ فإن جعلناه شراء في حقه فيه الخيار، وإن جعلناه فداء فلا. «فتح العزيز» (١١/ ١١٠)، باختصار.

(٣) هو محمد بن عبد الله بن محمد بن بصير أبو بكر البخاري الأودني إمام الشافعيين بما وراء النهر في آلاف بلا مدافعة، وكان من أزهد الفقهاء وأورعهم وأكثرهم اجتهادًا في العبادة، وأبكاهم على تقصيره، وأشدَّهم تواضعًا وإخباتًا وإنابة، توفي ببخارى سنة خمس وثمانين وثلاثمائة. «تهذيب الأسماء» (٢/ ١٩١ ـ ١٩٢)، «سير أعلام النبلاء» (١٦/ ٤٦٥).

(٤) ورد في (أ): «من»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٥) ورد في (ط): «لم يصح الشراء».

(٦) ورد في (د): «صحّحناه».

(٧) ورد في (أ): «أخذ»، والأولى ما أثبتناه من النسخ الأخرى.

الذي بذله؛ لأنه إن كذب في الشهادة فالمال إكساب عبده؛ فجميعها له، وإن صدق فهو للبائع بحكم الولاء، وقد ظلمه بأخذ الثمن منه، وقد ظفر بما له فيأخذه[١].

ومن الأصحاب من خالفه؛ لأنَّه يأخذه على تقدير أنَّه مظلوم، وهو غير مصدق في الجهة[٢]، وما ذكره المزني أقوم[٣].

الركن الرابع: صيغة الإقرار

فإذا قال: عليّ لفلان، أو عندي لفلان ألف[٤]؛ فكل ذلك التزام.

فلو قال المدّعي: لي عليك ألف، فقال: زِنْ، أو زِنْه، أو خُذ، أو خُذه؛ لم يكن إقرارًا[٥].

وقال صاحب «التلخيص»[٦]: قوله: «زنه»: إقرار، دون قوله «زن». وهو بعيد.

---

(١) ورد في (د): «ويأخذه».
(٢) في (د): «الحرية».
(٣) وهو ما قاله ابن سريج وأبو إسحاق وأكثر مشايخ المذهب. يراجع لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ١١١).
(٤) لم يرد في (د).
(٥) قال الرافعي: وفي «التتمة» نقل وجه في قوله: «اتزن» أنَّه إقرار؛ لأنَّه يستعمل في العادة فيما يستوفيه الإنسان لنفسه، بخلاف قوله: «زن»، ويقال: هو مذهب أبي حنيفة. «فتح العزيز» (١١/ ١١٣).
(٦) وجد في هامش نسخة (ط: ق ١٠٣): ما نصه: ما نسبه إلى صاحب «التلخيص» فيه نظر؛ لأن صاحب «التلخيص» أورد المسألة في «المفتاح» وأجاب فيها بظاهر المذهب، ثُمَّ قال: وفيه قول آخر أنَّه إقرار، قاله الزبيري تخريجًا. وأمَّا «التلخيص» فلم يُورد فيه المسألة... . وكذا قال الرافعي في «فتح العزيز» (١١/ ١١٣)، ونصُّه: واعلم أن الوجه الذي رويناه عن الزبيري نسبه صاحب الكتاب في «الوسيط» إلى صاحب «التلخيص» فلم يورد فيه المسألة.

ولو قال: بلى، أو أجل، أو نعم، أو صدقت؛ فكل ذلك إقرار.

ولو قال: أنا مُقرّ به؛ فهو إقرار. ولو قال: أنا مقر؛ ولم يقل: «به»؛ فلا؛ لأنَّه ربَّما يكون مقرًّا ببطلان[١] قوله.

ولو قال: أنا أقرّ به. قال الأصحاب: هو إقرار[٢].

قال القاضي: صيغته[٣] للوعد بالإقرار، فليس بإقرار، بخلاف قول الشاهد: أشهد؛ فإنَّه صيغة يعتد[٤] بها، ودلّت القرينة على أنَّه للحال، لا للوعد.

ومنهم من قال: وإن سُلّم أنَّه وعد، فالوعد بالإقرار إقرار[٥].

* فرعٌ:

ولو قال: أليس لي عليك ألف؟ فقال: بلى؛ فهو إقرار. ولو قال: نعم، فليس بإقرار؛ معناه: نعم[٦]، ليس لك عليّ ألف[٧].

وقال الشيخ أبو محمد[٨]: لا فرق بينهما، فإنَّ استعمالهما في وضع اللسان على وجه واحد شائع.

---

(١) ورد في (أ): «ببطلانه»، والصحيح من غير هاء كما أثبتناه من (ي، ط).

(٢) قال النووي: نسب الإمام كونه إقرارًا إلى الأكثرين، وفيه نظر؛ لأن العراقيين والقاضي حسين والروياني قطعوا بأنَّه ليس بإقرار، ولا يحكى الوجه الآخر إلَّا نادرًا. «روضة الطالبين» (٤/ ٣٦٦).

(٣) ورد في (أ): «صيغة»، والمثبت من (ي، ط)، وفي (ط): «صيغته الوعد».

(٤) في (أ، ط): «تعبّد»، والمثبت من (ي).

(٥) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ١١٤).

(٦) لم يرد في (د).

(٧) ورد في (ق): «الألف».

(٨) قال الرافعي: والوجه الأول أورده صاحب «التهذيب» وغيره، لكن الثاني أصحّ عند الإمام وصاحب الكتاب، وبه أجاب الشيخ أبو محمد وأبو سعيد المتولي، =

ولو قال: أعطني عبدي هذا، أو اشترِ مني عبدي هذا؛ فقال: نعم؛ فهو إقرار بالعبد.

ولو قال: لي عليك ألف؛ فقال: لعلّ، أو عسى، أو أظن، أو أقدر؛ لم يكن إقرارًا؛ لأن كل ذلك للشك.

❑ ❑ ❑

= ووجّهوه بأن الأقارير تحمل على معهود العرف لا على حقائق العربية. (١١/ ١١٥). وانظر كذلك: «روضة الطالبين» (٤/ ٣٦٧).

الباب الثاني

في الأقارير المجملة[١]

وألفاظها كثيرة، والذي يقصد بيانه عشرة ألفاظ[٢].

اللفظ الأول: الشيء

فإذا قال: لفلان عليّ شيء؛ فيُقبل تفسيره بكل ما ينطلق عليه اسم الشيء، ممَّا هو مال[٣].

فلو فسّر بما لا يتمول، ويتصور المطالبة به، كجلد الميتة، والسِّرجين[٤]، والكلب[٥] المعلّم، **فوجهان**:

أحدهما: لا [يقبل][٦]؛ لأنَّه ليس بمال.

---

(١) ورد في (أ): «المحملة»، بالحاء المهملة، والصحيح ما أثبتناه من (ق، ط، ي).

(٢) المقَرّ به قد يكون مفصلًا، وقد يكون مجملًا مجهول الحال، وإنَّما احتمل فيه الإجمال؛ لأنَّه إخبار عن سابق، والشيء يُخبر عنه مفصلًا تارة ومجملًا تارة، والألفاظ التي تقع فيها الجهالة والإجمال لا حصر لها، فتناول الأصحاب ببيان ما هو أكثر استعمالًا ودورانًا على الألسنة، ليعرف حكمها ويقاس بها غيرها. «فتح العزيز» (١١/ ١١٧) بتعديل واختصار.

(٣) قليلًا كان أو كثيرًا، كفلس ورغيف وتمرة، حيث يكون لها قيمة. (نفس المصدر).

(٤) ورد في (أ): «السرقين»، وفي (ي، د): «السرحين»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ق).

(٥) ورد في (ق): «وكلب».

(٦) الزيادة من (د، ط، ي).

والثاني: نعم[(١)]؛ لأنَّه شيء، وهو عليه، إذ فيه اختصاصه[(٢)] للمالك ويجب ردّه[(٣)].

فإن فسّره بخمر أو خنزير؛ فالظاهر[(٤)] أنَّه لا يقبل؛ إذ لا يلزم به مطالبة، وفيه وجه: أنَّه يقبل.

ولو فسّر بحبة حنطة أو سمسم[(٥)] **فوجهان**: **وظاهر**[(٦)] **النص**: أنَّه مقبول؛ لأنَّه شيء، وهو واجب الرد.

ومنهم من قال: لا [يقبل][(٧)]، وبنوا عليه أنَّه لا يسمع الدعوى بها و[لا][(٨)] المطالبة بردّها، وهو بعيد.

أمَّا إذا فسّره[(٩)] بردّ جواب سلام، وعيادة مريض؛ فلا يقبل بحال[(١٠)].

فإن قيل: لِم صحَّ الإقرارُ المُجمل دون الدعوى المجملة[(١١)]؟

---

(١) ورد في (د): «بلى».

(٢) ورد في (ق، د، ط): «اختصاص»، من غير الياء.

(٣) وهذا هو الأصح في المذهب، نصّ عليه النووي والرافعي. «فتح العزيز» (١١/ ١١٨)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٧١).

(٤) وهو الأصحّ، قال الرافعي: الخمرة التي لا حرمة لها والخنزير وجلد الميتة والكلب الذي لا منفعة به، ففي التفسير بها وجهان، لكن الأصح هاهنا المنع؛ لأنَّه ليس فيه حق اختصاص ولا يلزم ردها. «فتح العزيز» (١١/ ١١٨).

(٥) ورد في (د، ط): «سمسمة».

(٦) وهو الأصحّ في المذهب. «فتح العزيز» (١١/ ١١٨).

(٧) الزيادة من (د، ط، ي).

(٨) الزيادة من (د، ط).

(٩) ورد في (أ): «فسّر»، من غير هاء، والمثبت من (د، ط، ي).

(١٠) لأنَّه بعيد عن الفهم في معرض الإقرار؛ إذ لا مطالبة بهما، والإقرار في العادة يجري بما يطلب المقر ويدعيه. «فتح العزيز» (١١/ ١١٩).

(١١) ورد في (ق، د، ط): «المجمل».

قلنا: لا فرق [بينهما][(١)]؛ إذ يطالب المدّعي ببيان الدعوى، ويطالب المقرّ أيضًا، نعم، لو امتنع المدَّعي من البيان؛ فهو تارك حق نفسه.

ولو امتنع المقر من البيان؛ **ففيه ثلاثة أوجه**:

أحدها: أنَّه يُحبس إلى البيان[(٢)]، كمن أسلم على عشرة نسوة.

والثاني: أنَّه يُجعل ناكلًا عن الجواب واليمين، حتَّى يحلف المقرّ له، ويستفيد بإقراره تحوّل اليمين إليه، فيحلف على ما يدّعيه.

والثالث: أنَّه يقال للمدّعي: تدّعي[(٣)] ما شئت، وتُعرَض[(٤)] اليمين عليه، فإن نكل رُدّت عليك. وهذا إبطال لفائدة التفسير[(٥)] [(٦)].

ثُمَّ لو فسر المقر بدرهم ـ مثلًا ـ؛ فقال المدّعي: بل أردت بالشيء عشرة؛ فالأصحّ أنَّ دعوى الإرادة لا تقبل[(٧)].

وكذا لو ادّعى أن فلانًا أقرّ لي بعشرة دراهم، لم يسمع، بل يقال: ينبغي أن تدعي عشرة، حتَّى يحلف على عين الحق، لا على إقرار يحتمل الصدق والكذب، بخلاف الشاهد يشهد على الإقرار، فيُسمع؛ لأنَّه قد لا يطلع على حقيقة الملك.

---

(١) الزيادة من (د، ط).

(٢) وهذا هو الأظهر والأصح في مذهب الشافعية؛ لأن التفسير والبيان حق واجب، «فتح العزيز» (١١/ ١٢٠).

(٣) ورد في (أ): «ادّع».

(٤) ورد في (أ): «يُعرض»، والمثبت من (ط، ي).

(٥) ورد في (أ): «فائدة التفسير»، وفي (د، ط): «لفائدة الإقرار».

(٦) قال الرافعي: وذكر أبو عاصم العبادي: أنَّه إذا قال: على شيء؛ وامتنع من التفسير؛ لم يحبس. وإن قال: على ثوب أو فضة؛ ولم يبين؛ يحبس. «فتح العزيز» (١١/ ١٢١).

(٧) يراجع لمزيد من التفصيل: «روضة الطالبين» (٤/ ٣٧٣ ـ ٣٧٤)، «فتح العزيز» (١١/ ١٢١ ـ ١٢٢).

[اللفظ] الثاني

إذا قال: غصبت فلانًا على شيء[١]، ثُمَّ قال: غصبت نفسه؛ لم يقبل.

ولو قال: غصبت منه الخمر والخنزير، قال الشافعي[٢] (رحمه الله): قبلت التفسير، وأرقتُ[٣] الخمر وقتلتُ الخنزير.

ولو قال: له عندي شيء؛ قال الأصحاب[٤]: هو كما لو قال: غصبت.

وقال الشيخ أبو محمد: قوله: [«له»][٥] إثبات ملك، فلا يقبل تفسيره بالخمر والخنزير.

اللفظ الثالث: المال

فإذا قال [له][٦]: عليَّ مال؛ قُبل [تفسيره][٧] بأقل ما يُتمول، ولم يقبل

---

(١) ورد في (د): «شيئًا».
(٢) قال الشافعي (رحمه الله) في كتاب «الأم» (٣/ ٢٤١): وإذا أقر أنَّه غصبه خمرًا أو خنزيرًا لم أجبره على دفعه إليه، وأهرقت عليه الخمر، وذبحت الخنزير، وألغيته إذا كان أحدهما مسلمًا، ولا ثمن لهذين، ولا يحل أن يُملكا بحال.
(٣) ورد في (ق، ط، ي): «فأرقت».
(٤) وهو الأصح في المذهب، كما ذكره النووي في «روضة الطالبين» (٤/ ٣٧٢)، وانظر كذلك: «إعانة الطالبين (٣/ ١٩٤)، «حاشية البجيرمي» (٣/ ١١٠)، «شرح زبد ابن رسلان» للرملي (ص٢١٣).
(٥) الزيادة من (ط، ي).
(٦) الزيادة من (د، ط).
(٧) الزيادة من (د، ط).

[تفسيره][(١)] بالكلب [والخنزير][(٢)] والسِّرجين[(٣)]، وبما[(٤)] لا يتمول.

ولو فسّر بمستولدة؛ **فالأظهر**: أنَّه يقبل؛ لأنَّه مال[(٥)].

ولو قال: مال عظيم أو كبير[(٦)]؛ فهو كالمال [و][(٧)]لا تأثير لهذه الزيادة، فكل مال عظيم وكبير[(٨)] بالإضافة.

وقال أبو حنيفة[(٩)]: لا يقبل تفسير العظيم إلَّا بمائتي درهم.

ومن الأصحاب من قال: لا بدّ وأن يذكر لوصفه بالعظيم وجهًا، من عظم [بالجرم أو الجثة][(١٠)]، أو يزيد على أقلّ ما يتمول بشيء، لتظهر[(١١)]

---

(١) الزيادة من (د، ط).

(٢) الزيادة من (د، ط).

(٣) ورد في (أ): «السرقين»، وفي (ي): «السرحين»، والمثبت من (ط): وهو الأصح.

(٤) ورد في (أ): «ما» من غير باء، والمثبت من (ق، ي).

(٥) انظر كذلك: «فتح العزيز» (١١/ ١٢٤)، وقال النووي: **أصحهما**: القبول. «روضة الطالبين» (٤/ ٣٧٤).

(٦) ورد في (ق، د، ط): «كثير».

(٧) الزيادة من (د، ط).

(٨) ورد في (ق، د): «كثير».

(٩) المشهور من مذهب الأحناف هو أنَّه لا يصدق في أقل من مائتي درهم، وروي عن أبي حنيفة (رحمه الله) أن عليه عشرة، وجه ما روي عنه أنَّه وصف المال بالعظم والعشرة لها عظم في الشرع، ألا ترى أنَّه علّق قطع اليد بها في السرقة، وقدر بها بدل البضع وهو المهر في باب النكاح، ووجه القول المشهور أن العشرة لا تستعظم في المعرف، وإنَّما يستعظم النصاب، ولهذا استعظمه الشرع، حيث علق وجوب المعظم وهو الزكاة به، فكان هذا أقل ما استعظمه الشرع عرفًا، فلا يصدق في أقل من ذلك. «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٢٠)، «المبسوط» للسرخسي (١٨/ ٩٨)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٩٧).

(١٠) الزيادة من (ط)، وفي (د): «في الجثة أو الجرم»، وفي (أ، ي): «في الجثة».

(١١) ورد في (أ): «ليظهر»، ونحوه في (ط)، والمثبت من (د).

له فائدة(١)، وذلك خلاف نصّ الشافعي(٢) (رحمه الله).

اللفظ الرابع: الأكثر

فإذا قال له: عليّ أكثر(٣) من مال فلان؛ قُبل [تفسيره](٤) بأقل ما يتموّل، على أن الحلال أكثر من الحرام، أو ما في الذمة أبقى.

ولو قال: أكثر ممَّا شهد به الشهود على فلان؛ فكمثل، ومعناه أن ذلك زور.

ولو قال: أكثر ممَّا قضى به القاضي؛ فكمثل.

ومنهم من أبى هذا [في القضاء](٥) وقال: يجب تنزيله على الصدق.

ولو قال: أكثر من الدراهم التي في يد فلان؛ وفي يده ثلاثة، ففسّر بثلاثة؛ يُقبل، ويكون الأكثر(٦) للمرتبة. ولو فسّر بأقل منه؛ قال الجماهير: لا يقبل. وقال الشيخ أبو محمد: يُقبل؛ تنزيلًا على المرتبة.

اللفظ الخامس: كذا

إذا قال: لفلان عليّ كذا؛ فهو كما لو قال: شيء؛ فيفسّر بما مضى.

---

(١) قال الرافعي: وذهب بعض الأصحاب فيما حكاه القاضي حسين وغيره إلى أنَّه يجب أن يزيد تفسير المال العظيم على تفسير مطلق المال ليكون لوصفه بالعظيم فائدة، واكتفى بعضهم بالعظيم من حيث الجرم والجثة. «فتح العزيز» (١١/ ١٢٤).

(٢) قال الشافعي (رحمه الله): أصل ما أبني عليه الإقرار أن لا ألزم إلَّا اليقين وأطرح الشك، ولا استعمل الغلبة. «الروضة» (٤/ ٣٧٥).

(٣) في (أ): «الأكثر»، والمثبت من (ق، د، ط، ي).

(٤) الزيادة من (د، ط).

(٥) الزيادة من (د، ط، ي، ق).

(٦) ورد في (أ): «الأكبر»، والمثبت من (ق، د، ط، ي).

ولو قال: كذا كذا [فهو تكرار][(١)]. ولو قال: كذا وكذا؛ فهو كقوله شيء وشيء، فقد جمع بين مُبهمين.

[أمَّا إذا قال: كذا درهم، يلزمه درهم واحد، وكذلك إذا قال: كذا كذا درهمًا؛ فيكون تكريرًا، والواجب درهم.

ولو قال: كذا وكذا درهمًا؛ نقل المزني قولين:

أحدهما: أن الواجب درهم، فكأنَّه عقب مبهمين ببيان واحد][(٢)].

والثاني: درهمان[(٣)]، فكأنَّه فسّر كل واحد منهما به[(٤)].

وقال أبو إسحاق المروزي وجماعة: **المسألة على حالتين**[(٥)]:

فإن قال: كذا[(٦)] وكذا درهمًا؛ لزمه درهمان؛ لأنَّه نصب[(٧)] على التفسير، فيكون تفسيرًا لكل واحد.

وإن قال: كذا [وكذا][(٨)] درهمٌ؛ بالرفع، لزمه درهم واحد.

---

(١) الزيادة من (ق، د، ط، ي).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ق، د، ط، ي): وقد سقطت من (أ).

(٣) وهذا هو المذهب عند الشافعية، كما نصّ عليه النووي، والرافعي. «روضة الطالبين» (٤/ ٣٧٧)، «فتح العزيز» (١١/ ١٢٨)، وهناك قول ثالث: درهم وشيء. وفي وجه لأبي إسحاق، أحد وعشرون درهمًا إن عرف العربية.

(٤) انظر: «مختصر المزني» (ص١١٢)، ونصه: «وإن قال: كذا وكذا درهمًا. قيل له: أعطه درهمين؛ لأن كذا يقع على درهم، ثُمَّ قال في موضع آخر: إن قال: كذا وكذا درهمًا، قيل له: أعطه درهمًا...». وانظر كذلك: كتاب «الأم» (٦/ ٢٤١).

(٥) ورد في (ق، د): «حالين».

(٦) لم يرد في (د).

(٧) ورد في (أ): «يصب»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٨) الزيادة من (ق، د، ط، ي).

وقال أبو حنيفة: يلزمه بقوله: كذا درهمًا: عشرون درهمًا، وبقوله: كذا كذا درهمًا: لزمه أحد عشر درهمًا، وبقوله: كذا وكذا درهمًا: أحد وعشرون درهمًا[١]، مراعاة لمطابقة اللفظ. وأول عدد ينتصب الدرهم[٢] بعده على هذا النظم.

ولو قال: كذا درهم صحيح؛ [فقد][٣] سلّم أنَّه لا يلزمه مائة[٤]، وإن كان الدرهم لا ينكسر إلَّا بعده وبعد نصف درهم. و[عنه][٥] احترزنا بالصحيح.

اللفظ السادس:
ذكر المبيّن[٦] عقيب مُبهم[٧]

كقوله: له عليّ ألف [و][٨]درهم؛ فالألف عندنا مبهم يرجع في تفسيره إليه. وقال أبو حنيفة[٩]: صار مفسرًا إذا كان العطف بين المكيلات

(١) كذا ذكره علماء الحنفية في كتبهم، انظر: «المبسوط» للسرخسي (١٨/ ٩٨)، «بداية المبتدي» (ص١٧٢)، «الهداية شرح بداية المبتدي» (٣/ ١٨١)، «حاشية ابن عابدين» (٨/ ١٠٨)، «البحر الرائق» (٧/ ٢٥١).

(٢) ورد في (أ): «فأقل الدرهم بتنصيب الدرهم»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي)، وفي (ق): «فأول عدد»، والمثبت من (د، ط، ي).

(٣) الزيادة من (د، ط).

(٤) قال الرافعي: لكن نقل البندنيجي أن الطحاوي حكى عن بعض أصحاب أبي حنيفة أنَّه يلزمه مائة درهم، والمشهور أنَّه لا يلزمه إلَّا درهم واحد كما هو قولنا. «فتح العزيز» (١١/ ١٢٧).

(٥) الزيادة من (ق، د، ي، ط).

(٦) ورد في (أ): «مبين»، من غير الألف واللام، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٧) ورد في (د): «المبهم».

(٨) الزيادة من (ط، ي).

(٩) قال صاحب «الهداية»: وإن قال: له عليّ مائة ودرهم؛ لزمه كلها دراهم. =

والموزونات، وسلم أنَّه إذا قال: ألف وثوب، يبقى[١] الألف مجملًا[٢].

أمَّا إذا قال: ألف درهم وخمسة[٣] عشر درهمًا: فالدرهم بيان؛ لأنَّه لم[٤] يثبت بنفسه، وخمسة عشر اسمان جُعلا اسمًا واحدًا، فلا يختص بالبيان[٥] بالعشر عن الخمس.

ولو قال: ألف ومائة وخمسة وعشرون[٦] درهمًا؛ فالدرهم تفسير للكل[٧]؛ لما ذكرناه.

وقال الإصطخري[٨]: هو تفسير الأخير، وما سبق مجمل، فإنه[٩] مقطوع عنه بواو العطف، وهو متروك عليه؛ لأنَّه على خلاف عادة الحساب.

وإذا قال: له عليّ درهم ونصف؛ ففي النصف وجهان[١٠]. ولعلّ الأصح أيضًا أنَّه مفسر بالدرهم.

= ولو قال: مائة وثوب؛ لزمه ثوب واحد، (٣/ ١٨٢). وانظر لمزيد من التفصيل ووجه التفريق بين المكيلات والموزونات وغيرها: «المبسوط» للسرخسي (١٨/ ٩٩)، «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٢٢)، «حاشية ابن عابدين» (٨/ ١٢٦).

(١) ورد في (أ): «ينفى»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٢) قال الرافعي: وعن مالك (رحمه الله) مثل مذهبنا، واختلف أصحاب أحمد، فمنهم من وافقنا، ومنهم من قال: يفسّر بالمعطوف بكل حال. «فتح العزيز» (١١/ ١٣٠).

(٣) ورد في (أ): «أو خمسة»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٤) ورد في (أ): «لا لم ثبت»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

(٥) ورد في (ق، د، ط): «البيان» من غير الباء.

(٦) ورد في (أ، د): «خمسة عشر» والمثبت من (ق، ط).

(٧) وهو ظاهر المذهب الشافعي كما نصّ عليه الرافعي، «فتح العزيز» (١١/ ١٣٠).

(٨) وكذلك قول ابن خيران.

(٩) ورد في (أ): «مائة»، وهو خطأ، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(١٠) قال الإصطخري وجماعة من الأصحاب: النصف مبهم؛ لأنَّه معطوف على ما تقدم =

اللفظ السابع: الدراهم

إذا قال: [له][(١)] عليّ درهم؛ يلزمه درهم فيه ستة دوانيق[(٢)]، عشرة منها[(٣)] تساوي وزنًا سبعة مثاقيل، وهي دراهم الإسلام[(٤)] في الدِّية وغيرها[(٥)].

فلو فُسّر بِعَدَدِيَّات فيها أربعة دوانيق، إن كان متصلًا؛ قُبل، فكأنَّه قال: درهم إلَّا دانقين.

وفيه وجه: أن هذه الصيغة لا تصلح للاستثناء، فلا تقبل.

وإن كان منفصلًا؛ لم يقبل، إلَّا إذا كان في بلد يعتاد التعامل بها؛ **فوجهان**[(٦)]:

أحدهما: ينزل عليه كما في البيع[(٧)].

والثاني: لا؛ لأنّ البيع إيجاب في الحال، والحال حال التعامل،

= مفسر به، فلا يتأتى فيه. وقال الأكثرون: الكل دراهم؛ لجريان العادة به. «فتح العزيز» (١١/ ١٣٠).

(١) الزيادة من (ق، د، ط، ي).

(٢) دوانيق، جمع دانق وهو سدس الدرهم. «لسان العرب» (١٠/ ١٠٥).

(٣) في (أ): «عنها يساوي»، والمثبت من (د)، وفي (ق، ط، ي): «منه يساوي».

(٤) في (أ): «للإسلام»، والمثبت من (ق، د، ط، ي).

(٥) قال الرافعي: الدرهم الإسلامي المعتبر به نصاب الزكاة والديّات وغيرها، عشرة من الدراهم سبع مثاقيل، وكل واحد منها ستة دوانيق، وكل دانق ثمان حبات وخُمسا حبة، فيكون الدرهم الواحد: خمسين حبة وخُمس حبة. «فتح العزيز» (١١/ ١٣١)، «الروضة» (٤/ ٣٧٨).

(٦) ورد في (د): «وجهان».

(٧) وهذا هو الأصح والأظهر من الوجهين، حملًا لكلامه على نقد البلاد؛ لأن للعرف أثرًا بيِّنًا في تقييد الألفاظ بأهل العرف، وصار كما في المعاملات. «فتح العزيز» (١١/ ١٣٢)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٧٨).

والإقرار إخبار عن سابق ليس يُدرى متى وجب، فيُرعى[١] أصل الشرع فيه.

والتفسير بالدراهم المغشوشة[٢] كالتفسير بالنقص، ولو فسّر الدراهم بالفلوس، لم يُقبل أصلًا، ولا فرق بين[٣] أن يقول: عليّ دراهم، أو دُريهمات، أو دراهم صغار، فيما قدمناه من الوزن[٤].

وإذا قال: دراهم؛ فمن حيث العدد لا ينزل على أقل من ثلاثة دراهم.

وإذا قال: مائة درهم عددًا؛ لزمه الجمع بين الوزن والعدد. فلو أتى بخمسين عددًا يساوي مائة درهم [وزنًا][٥]؛ فقد ترددوا[٦] فيه.

* فرعٌ:

لو قال: [له][٧] عليّ من درهم إلى عشرة؛ **فثلاثة**[٨] **أوجه**:

أحدها: أنَّه يلزمه ثمانية، فلا يدخل الحدّان[٩] فيه.

---

(١) ورد في (أ): «مرعى»، والمثبت من (ق، د، ط ي) وهو الصحيح.
(٢) ورد في (أ): «المعشوشه»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٣) ورد في (أ): «من»، والصحيح هو المثبت من (ق، ط، ي).
(٤) لأن لفظ الدراهم صريح في الوزن، والوصف بالصغر يجوز أن يكون من حيث الشكل، ويجوز أن يكون بالإضافة إلى الدراهم البغلية». «فتح العزيز» (١١/ ١٣٣).
(٥) الزيادة من (د).
(٦) ورد في (ق، د): «ترددوا».
(٧) الزيادة من (د).
(٨) في (أ): «ثلاثة»، من غير فاء، والمثبت من (ق، د، ط، ي).
(٩) ورد في (أ): «الجدان»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

والثاني: تسعة، فيدخل الحد الأول[(١)].

والثالث: عشرة، فيدخل الحدّان[(٢)] [(٣)].

اللفظ الثامن:
في معنى الإضافة إلى الظرف[(٤)]

وله [أربع][(٥)] صور:

* الأولى: أن يقول: له عندي زيت في جرّة، وسمن في بُستوقة[(٦)]، وسيف في غمد[(٧)]؛ لا يكون مقرًّا بالظرف[(٨)]. خلافًا لأبي حنيفة[(٩)].

وكذا لو قال: عندي بستوقة فيه سمن، وغمد[(١٠)] فيه سيف، وجرة

---

(١) لأن الملتزم زائد على الواحد، والواحد مبدأ العدد والالتزام، فيبعد إخراجه عما يلزمه. وهذا القول صحّحه الشيخ أبو حامد والعراقيون، ووافقهم صاحب الكتاب، وهو قول أبي حنيفة، وأحمد (رحمهما الله) كذلك. «فتح العزيز» (١١/ ١٣٤).

(٢) ورد في (أ): «الجدّان»، والصحيح هو المثبت من (د، ق، ط، ي).

(٣) وهذا هو الأصح عند صاحب «التهذيب». «فتح العزيز» (١١/ ١٣٤).

(٤) ورد في (أ): «الطرف» بالطاء المهملة، والصحيح هو المثبت من (د، ط، ي).

(٥) الزيادة من (د).

(٦) ورد في (د): «بسوقة».

(٧) ورد في (أ): «عمد»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٨) ورد في (ق، د): «الظرف».

(٩) فقد قال (رحمه الله): «من أقر لغيره بخاتم؛ لزمه الحلقة والفص؛ لأن اسم الخاتم يشمل الكل. ومن أقر له بسيف؛ فله النصل والجفن والحمائل؛ لأن الاسم ينطوي على الكل...». انظر: «الهداية» (٣/ ١٨٣)، «البحر الرائق» (٧/ ٢٥٢)، «بدائع الصنائع» (٧/ ٢١١).

(١٠) في (أ): «عمد»، والمثبت هو الصحيح من (ط، ي)، وفي (ق): «غمد فيها».

فيها زيت؛ لا يكون مقرًّا إلَّا بالظرف[١].

وكذلك إذا قال: عبد[٢] على رأسه عمامة، ودابة على ظهرها سرج؛ لا يكون مقرًّا بالسرج[٣] والعمامة. كما لو قال: له[٤] عندي عمامة على رأس عبد، وسرج على ظهر فرس؛ لا يكون مقرًّا بالفرس والعبد.

وقال صاحب «التلخيص»: إنَّه إذا قال: عبد على رأسه عمامة؛ يلزمه العمامة. بخلاف الفرس عليه سرج؛ لأن ما في يد العبد لسيده[٥]، وهو الذي أورد في طريقة العراق.

وأنكر[٦] المراوزة هذا الفرق[٧] وزيّفوه؛ إذ ينقدح أن يقول: عبد على رأسه عمامة لي، كيف وقد صرّحوا بأنَّه لو قال: لفلان في يدي دار مفروشة؛ لم يلزمه الفرش، وإن جعله صفة، وما كان في دار الإنسان فهو في يده.

وذكر العراقيون في الثوب المطرّز وجهين[٨]، أنَّه هل يكون إقرارًا

---

(١) ورد في (ق): «بما في الظرف». وانظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ١٣٥ ـ ١٣٦).

(٢) ورد في (أ): «عند»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٣) ورد في (أ): «لا تكون مقر بالسرج»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٤) لم يرد في (د).

(٥) قال الرافعي: قال صاحب «التلخيص»: إذا قال: عبد على رأسه عمامة، أو عليه قميص، أو في رجله خف؛ فهو إقرار بما مع العبد؛ لأن العبد له يد على ملبوسه، وما في يد العبد فهو في يد سيّده. فإذا أقر بالعبد للغير، كان ما في يده لذلك الغير، بخلاف المنسوب إلى الفرس. وعامة الأصحاب على أن لا فرق بينهما. «فتح العزيز» (١١/ ١٣٦).

(٦) ورد في (د): «وأنكره».

(٧) قوله: «هذا الفرق» لم يرد في (د).

(٨) الأصح أنَّه لا يكون مقرًّا بالطراز؛ لأنَّه في حالة تركيبه بعد النسج لا يعتبر جزءًا من الثوب، كذا ذُكر في المسائل السابقة من أخوات هذه المسألة. «روضة الطالبين» (٤/ ٣٨٢).

بالطراز إذا كان الطراز يُعمل بعد النسج[(١)]؟

ولو قال: له عندي خاتم؛ وجاء بخاتم وقال: ما أردت الفصّ؛ **فوجهان، الأظهر**: أنَّه مُقر به؛ لأن الاسم شامل[(٢)].

ولو قال: له عندي جارية؛ فجاء بجارية في بطنها جنين؛ فوجهان مرتّبان، وهاهنا أولى بأن لا يؤاخذ بالجنين، بل من يؤاخذه يأخذه من التبعية في البيع.

ولو قال: له عندي فصّ في خاتم، أو جنين في بطن جارية؛ لا يكون مقرًّا بالجارية والخاتم.

* **الصورة الثانية**: إذا قال: له عندي ألف درهم في هذا الكيس؛ لا يكون إقرارًا بالكيس. ثم[(٣)] إن لم يكن في الكيس شيء؛ يلزمه ألف.

وإن كان، ولكنه ناقص من[(٤)] الألف؟

قال أبو زيد: لا يلزمه، إلَّا ما في الكيس؛ للحصر.

وقال القفال: يلزمه الإتمام، كما لو لم يكن في الكيس شيء[(٥)].

أمَّا إذا عرّف بالألف واللام وقال: له عندي الألف الذي في الكيس؛ فإن كان ناقصًا، فالأظهر: أنَّه لا يلزمه الإتمام؛ للحصر[(٦)].

---

(١) ورد في (أ): «النسخ»، وفي (ق، د): «النسح»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٢) وفيه وجه أنَّه يقبل منه؛ لأن اسم الخاتم يطلق مع نزع الفصّ. «فتح العزيز» (١١/ ١٣٦).

(٣) ورد في (د): «بل».

(٤) ورد في (د): «عن».

(٥) وهذا أقوى كما قاله الرافعي، ونصُّه: وقال القفال: يلزمه الإتمام، كما أنَّه لو لم يكن فيه شيء يلزمه الألف، وهذا أقوى. «فتح العزيز» (١١/ ١٣٩).

(٦) ولجمعه بين التعريف والإضافة إلى الكيس. وعن أبي علي وجه آخر ضعّفوه: أنَّه يلزمه الإتمام. «فتح العزيز» (١١/ ١٣٩).

ولو لم يكن فيه شيء؛ حكى الشيخ أبو علي قولين، وقرّبهما[١] من القولين فيما إذا قال: لأشربنّ ماء هذه الإداوة؛ ولا ماء فيها، أن اليمين هل ينعقد؟

فإن قلنا: اليمين ينعقد[٢]؛ فهاهنا يصح[٣] الإقرار ويلزمه.

وإن قلنا: لا ينعقد؛ فالإقرار هاهنا[٤] لغو[٥].

* **الصورة الثالثة**: أن يقول: لفلان في هذا العبد ألف درهم، أو له من هذا العبد ألف درهم[٦]؛ يطالب[٧] بتفسيره[٨].

فإن قال: وزن فيه ألف درهم؛ فيقول: وكم وزنت أنت؟ فإن قال: ألفًا؛ فالعبد بينهما، وإن قال: ألفين؛ فالعبد أثلاث. وإن قال: وزن هو ألفًا في عشرة، واشتريت الباقي أنا بألف؛ صُدّق في الكل؛ لأنَّه محتمل.

وقال مالك: يسلّم[٩] للمقرّ له مقدار ما يساوي ألفًا من العبد، وما بقي يبقى للمقرّ. وإن قال: جنى[١٠] العبد عليه بألف؛ فيثبت[١١]

---

(١) ورد في (أ): «وقرتهما»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٢) ورد في (د): «تنعقد اليمين»، وفي (ط): «اليمين تنعقد».
(٣) ورد في (أ): «تصح»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٤) ورد في (أ): «هنا»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٥) وهذا هو الراجح كما نصّ عليه النووي، فقال: قلت: ينبغي أن يكون الراجح أنَّه لا يلزمه؛ لأنَّه لم يعترف بشيء في ذمته. والله أعلم. «روضة الطالبين» (٤/ ٣٨٣).
(٦) قوله: «أو له . . . ألف درهم» لم يرد في (د).
(٧) ورد في (د): «فيطالب».
(٨) ورد في (أ): «تفسيره»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).
(٩) ورد في (أ): «سلم»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د).
(١٠) ورد في (أ): «حتى»، والصحيح ما أثبتناه.
(١١) ورد في (أ): «فينت»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

موجبه. ولو قال: هو مرهون عنده[١] بألف؛ **فوجهان**:

أحدهما: لا يقبل؛ لأن الدَّين في الذمة، لا في العبد.

والثاني: يقبل[٢]؛ لأن الإضافة إليه معقولة، كما في جناية العبد[٣].

* **الصورة الرابعة**: إذا قال: له في هذا المال ألف، أو في ميراث أبي ألف؛ لزمه الألف. ولو قال: له في مالي ألف، أو في ميراثي من أبي ألف؛ لم يلزمه، ويقبل الوعد بالهبة.

هذا هو الظاهر المقطوع في طريق العراق.

ونقل صاحب «التقريب» والقاضي من نصّ الشافعي (رحمه الله) في قوله: له من مالي ألف، أنَّه يلزمه، بخلاف ما إذا قال: في ميراثي من [أبي][٤] [٥].

ثُمَّ قالوا: اختلف الأصحاب على طريقين: منهم من قال: قولان، بالنقل والتخريج. ومنهم من فرّق[٦].

وقال القاضي: الفرق بالعكس أولى؛ لأنَّه إذا قال: في ميراثي،

---

(١) ورد في (أ): «عبده»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٢) ورد في (أ): «تقبل»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي). «فتح العزيز» (١١/ ١٤٠). «روضة الطالبين» (٤/ ٢٨٤).

(٣) وهذا هو الأظهر كما نصّ عليه النووي والرافعي.

(٤) الزيادة من (ط).

(٥) نصّ الشافعي (رحمه الله) كما جاء في كتاب «الأم» (٦/ ٢٢٢): ولو قال: له من ميراث أبي ألف درهم؛ كان هذا إقرارًا على أبيه بدين. ولو قال: له في ميراثي من أبي؛ كانت هذه هبة إلَّا أن يريد بها إقرارًا؛ لأنَّه لمَّا أقر في ميراث أبيه أقر بأن ذلك على الأب، ولم يُضف الملك إلى نفسه، وزعم أن ما أقر له به خارج من ملكه.

(٦) قال النووي: والمذهب الفرق. «روضة الطالبين» (٤/ ٣٨٣).

احتمل أن يكون الدَّين على أبيه، والميراث له؛ لأن الدَّين عندنا لا يمنع الإرث.

ثُمَّ قال الشيخ أبو علي: أخطأ بعض الأصحاب بطرد الطريقين، فيما إذا قال: لفلان من داري نصفها؛ فإنَّ الشافعي (رحمه الله) نصّ أنَّه لو قال: داري لفلان؛ كان الإقرار باطلًا(١)؛ لإضافته إلى نفسه، فلا فرق بين النصف وبين الكل، وإنَّما السديد المعقول ما نُقل في طريق العراق.

اللفظ التاسع:
في تكرير المقرّ به(٢)

إذا قال: لفلان عليّ درهم درهم [درهم](٣)؛ لا يلزمه إلَّا [درهم](٤) واحد؛ لأنَّه محتمل للتكرار. ولو قال: درهم ودرهم؛ لزمه درهمان؛ لأن الواو منع التكرار.

ولو قال: عليّ درهم ودرهمان؛ لزمه ثلاثة [دراهم](٥).

ولو قال: درهم فدرهم؛ لزمه درهم، أي: فدرهم لازم أو خير منه.

ولو قال: أنت طالق فطالق؛ يقع طلقتان؛ إذ لا ينقدح؛ فطالق خير منه.

---

(١) انظر: «فتح العزيز» (١١/ ١٠٧)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٦٠).
ونصّ الإمام الشافعي (رحمه الله) في «الأم» (٦/ ٢٢٢): ولو بدأ فأضاف الدار إلى نفسه فقال: «له من داري هذه نصفها؛ كانت هذه الدار هبة إذا زعم أنها هبة منه، أو مات قبل أن يبيّن...». ونحوه في «مختصر المزني» (ص١١٤).

(٢) في (أ): «المقرّ»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٣) الزيادة من (ق، د، ي).

(٤) الزيادة من (د).

(٥) الزيادة من (ط).

ونقل ابن خيران الجواب في المسألتين[١] وجعلهما على قولين[٢].

ولو قال: درهم ودرهم ودرهم؛ وقال: أردت بالثالث تكرار **الثاني**؛ قُبل[٣].

ولو قال: أردت تكرار الأول؛ لم يقبل.

وعند الإطلاق يلزمه[٤] ثلاثة[٥].

ولو قال: أنت طالق وطالق وطالق، ولم ينوِ[٦] شيئًا؛ فقولان:

أحدهما: أنَّه يقع طلقتان[٧]، ويجعل الثالث تكرار الثاني[٨].

والثاني: يقع[٩] ثلاث؛ لأنَّه لم يقصد التكرار.

---

(١) ورد في (أ): «من المسلمين»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي)، وفي (ي): «من» بدل «في».

(٢) قال الشيرازي في «المهذّب» (٢/ ٣٤٨): وإن قال لامرأته: أنت طالق فطالق؛ وقعت طلقتان، واختلف أصحابنا في ذلك، فقال أبو علي بن خيران (رحمه الله): لا فرق بين المسألتين فجعلهما على قولين، ومنهم من قال: يلزمه في الإقرار درهم، وفي الطلاق طلقتان، والفرق بينهما أن الطلاق لا يدخله التفضيل، والدراهم يدخلها التفضيل، فيجوز أن يريد: له عليّ درهم فدرهم، خير منه. وانظر كذلك: «مغني المحتاج» (٢/ ٢٥٢)، «فتح العزيز» (١١/ ١٥١).

(٣) وهذا هو الأظهر كما نصّ عليه الرافعي والنووي. «فتح العزيز» (١١/ ١٤٨)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٨٧).

(٤) ورد في (أ): «تلزمه»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٥) وهذا على المذهب وبه قطع الأكثرون.

(٦) ورد في (أ): «لم يبق»، وهو خطأ، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٧) قال الشيرازي: ومن أصحابنا من قال: يقع طلقتان في أحد القولين، وفي الإقرار يلزمه ثلاثة دراهم قولًا واحدًا؛ لأن الطلاق يدخله التأكيد، والإقرار لا يدخله؛ فيحمل التكرار على العدد. «المهذّب» (٢/ ٣٤٨).

(٨) في (د، ق): «للثاني».

(٩) وفي (ط) زيادة «أنه» قبلها.

ونقل[١] ابن خيران قولًا إلى الإقرار، حتَّى لا يلزم[٢] عند الإطلاق إلَّا درهمان.

ومن فرّق عوّل على أن التأكيد يليق[٣] بالطلاق الذي هو إنشاء دون الإخبار.

ولو قال: درهم ثُمَّ درهم؛ فكلمة «ثمّ» كالواو في قطع التأكيد.

ولو قال: درهم فوق درهم، أو تحت درهم، أو تحته درهم، أو فوقه درهم، أو مع[٤] درهم، أو معه درهم؛ فلا يلزمه إلَّا درهم واحد، والثاني يكون على تأويل ملك[٥] المقرّ، أي: درهم فوق درهم لي.

وفي نظيره في الطلاق يقع طلقتان؛ إذ لا ينقدح هذا.

وقيل: بتخريج ذلك في الإقرار، وهو بعيد[٦].

ولو قال: درهم قبل درهم، أو قبله درهم، أو بعد درهم، أو بعده درهم؛ يلزمه[٧] درهمان[٨]؛ لأن ذلك لا يحتمل إلَّا في تأخير الوجوب وتقديمه.

---

(١) في (أ): «فنقل»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).
(٢) في (د): «لا يلزمه»، وفي (أ): «لا تلزم»، والمثبت من (ي، ق).
(٣) في (أ): «تليق»، والمثبت من (ق، د، ط، ي).
(٤) لم يرد «مع» في (ط).
(٥) لم يرد «ملك» في (ط).
(٦) يراجع: «فتح العزيز» (١١/ ١٥٢)، و«الروضة» (٤/ ٣٨٧).
(٧) ورد في (ق، د): «لزمه».
(٨) قال النووي: وهذا على المذهب، وهو المنصوص، وبه قطع الأكثرون. وقيل: قولان؛ **ثانيهما**: درهم. وقال ابن خيران وغيره: مع الهاء درهمان وبحذفها درهم. «روضة الطالبين» (٤/ ٣٨٧)، «فتح العزيز» للرافعي (١١/ ١٥٠)، «مختصر المزني» (ص١١٣)، «الأم» (٦/ ٢٣٩).

[ولو قال: درهم بل درهم؛ يلزمه درهم واحد][(١)] [(٢)].

ولو قال: بل درهمان؛ يلزمه درهمان؛ لأنَّه أعاد الأول في الثاني.

ولو قال: درهم بل ديناران[(٣)]؛ يلزمه درهم وديناران[(٣)]؛ لأن الثاني[(٤)] رجوع وليس بإعادة.

ولو قال: عشرة، لا بل تسعة؛ يلزمه العشرة؛ لأنَّه رجوع.

ولو قال: ديناران بل قفيزان؛ يلزمه الكل؛ لأنَّه رجوع وليس بإعادة.

ولو قال: درهم، بل درهمان، بل ثلاثة دراهم؛ لا يلزمه إلَّا ثلاثة دراهم، ويكون ما مضى معادًا فيه.

هذا[(٥)] كله إذا جرى على الاتصال.

فلو أقر بألف يوم السبت، وبألف يوم الأحد؛ لا يلزمه إلَّا ألف واحد ويجمع بينهما[(٦)]، فالإخبار متداخل[(٧)]، إلَّا أن يُضيف إلى سببين

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من (د).

(٢) قال الرافعي: لو قال: علي درهم بل درهم؛ لم يلزمه إلَّا درهم؛ لجواز أن يقصد الاستدراك، فيتذكر أنَّه لا حاجة إليه، فيعيد الأول.
«فتح العزيز» (١١/ ١٥٢).

(٣) ورد في (أ): «دماران»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٤) ورد في (د): «والثاني».

(٥) ورد في (ق): «فهذا».

(٦) قال الرافعي: القول الجملي في الفصل أن تكرير الإقرار لا يقتضي تعدد المقر به؛ لأن الإقرار إخبار، ألا ترى أنَّه يحتمل فيه الإبهام، ولو كان إنشاءً لما احتمل.
وتعدد الخبر لا يقتضي تعدد المخبر عنه فيجمع، إلَّا إذا عرض ما يمنع الجمع والتنزيل على واحد فحينئذٍ يحمل بالمغايرة.
«فتح العزيز» (١١/ ١٥٤).

(٧) ورد في (أ): «يتداخل»، والمثبت من (ق، د، ط، ي).

مختلفين[١]. ولو أضاف أحدهما دون الآخر؛ نزل المطلق على المضاف، ولا يختلف ذلك بتكرير الإشهاد.

فلو شهد شاهدان أنَّه أقر يوم السبت بألف، وآخران[٢] أنَّه أقر يوم الأحد بألف؛ لم يلزمه الألف. ولهذا قالوا[٣]: لو شهد أحدهما على إقراره يوم السبت بألف، والآخر[٤] على إقراره يوم الأحد بألف؛ ثبت ألف، وإن لم يجتمعا على إقرار واحد، ولكن اجتمعا في حق المخبر عنه[٥].

وكذلك إذا حكى أحد الشاهدين العجمية من لفظ المقرّ في الإقرار، وحكى الآخر[٦] العربية يجمع بينهما[٧]، ومثل ذلك في الأفعال كالغصب والقبض.

والإنشاءات كالبيع والقذف: لا يُجمع[٨]. هكذا نقل صاحب

---

(١) مثلًا: أقر يوم السبت بألف من ثمن عبد، ويوم الأحد من ثمن جارية، أو قال مرة: صحاح، ومرة مكسرة؛ لزمه ألفان. «روضة الطالبين» (٤/ ٣٨٨).

(٢) ورد في (د): «الآخر».

(٣) لم يرد في (د).

(٤) ورد في (أ): «للآخر»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٥) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ١٥٦).

(٦) ورد في (أ): «للآخر»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٧) فلم يلزمه إلَّا واحد، ولا اعتبار باختلاف اللغات والعبارات. «فتح العزيز» (١١/ ١٥٥).

(٨) فلو شهد أحدهما أنَّه قذف يوم السبت أو بالعربية، والثاني على أنَّه قذف يوم الأحد أو بالعجمية، لم يثبت بشهادتهما شيء. أو شهد أحدهما على إقراره بأنَّه يوم الأحد قذفه أو بالعجمية، والثاني على إقراره بأنَّه يوم السبت قذفه أو بالعربية، فلا تلفيق أيضًا؛ لأن المقرّ به شيئان مختلفان، وقد قطع به الشيخ أبو محمد. «فتح العزيز» (١١/ ١٥٧).

«التقريب» النفيَ، ثُمَّ قال: في المسألتين قولان بالنقل والتخريج[١].

أمَّا تخريجه في الجمع في جانب الإنشاءات بعيد، وللتخريج في جانب الأقارير وجه[٢]؛ لأنهما لم يجتمعا على شيء واحد.

ولا خلاف في أنَّه لو ادَّعى حقًّا وشهد له الشهود على إقرار من عليه؛ قُبل، ولم يكن ذلك مخالفة. ولم يلزمه أن يدّعي الإقرار حتَّى يوافقه لفظ الشهود، بل لو ادّعى الإقرار[٣] لم يسمع.

وقال قائلون: لا بدّ من دعوى الإقرار[٤] لتتوافق الشهادة والدعوى.

ولا يجب على الشاهد إذ شهد على الإقرار أن يذكر كونه مكلفًا طايعًا[٥]، بل هو المفهوم عند الإطلاق[٦].

فلو أقام المشهود عليه بينة على أنَّه كان مكرهًا، قُدّمت بيّنة الإكراه. ولو أقام على أنَّه كان في الحبس والقيد؛ صار الظاهر معه، حتَّى يكون القول قوله في الإكراه.

---

(١) قال النووي: والمذهب الأول؛ حتَّى لو شهد أحدهما أنَّه قذف يوم السبت بالعربية، والآخر أنَّه قذف يوم الأحد بالعجمية؛ لم يثبت بشهادتهما شيء. «روضة الطالبين» (٤/ ٣٩٠).

(٢) انظر للمزيد: «فتح العزيز» (١١/ ١٥٦ ـ ١٥٧).

(٣) (٤) ورد في (أ): «للإقرار»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي، ق، د).

(٥) في (أ): «طالبًا»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٦) المذهب الصحيح أنَّه لا يشترط في الشهادة التعرض للبلوغ والعقل والطواعية والحرية والرشد، ويكتفى بأن الظاهر وقوع الشهادة على الإقرار الصحيح، وفي قول يشترط التعرض لحرية مجهول الحرية. «فتح العزيز» (١١/ ١٧٣)، «الروضة» (٤/ ٣٧٠).

اللفظ العاشر

إذا قال: هذا ولدي ولدته هذه الجارية، وقد علقت به في ملكي؛ فهو إقرار بالاستيلاد في الأمّ. ولو قال: ولدته؛ ولم يقل: علقت [به](١) في ملكي، ولا ولدت في ملكي(٢)؛ فوجهان، ظاهر النصّ أنَّه إقرار بالاستيلاد، بناءً على الغالب.

ولو قال: ولدت في ملكي؛ ولم يقل: علقت في ملكي؛ فوجهان مرتَّبان، وأولى بالثبوت(٣).

فرعٌ دخيل في هذا الكتاب:

وهو: إذا تنازع رجلان في جارية، فقال أحدهما: زوّجتنيها. وقال الآخر: بعتكها. **فالنظر في [أربعة](٤) أمور:**

*** الأول [في](٥) فصل الخصومة(٦):**

قال الأصحاب: هما خصومتان؛ إذ كل واحد يدّعي عقدًا، فعليه إثباته، ويدَّعى عليه عقد، فالقول قوله؛ فتعرض(٧) اليمين على كل واحد في نفي ما يدّعى عليه، وفي إثبات ما يدَّعيه مهما ردت(٨) اليمين عليه(٩).

---

(١) الزيادة من (ط).
(٢) من قوله: «فهو إقرار» إلى قوله: «ملكي» سقط من (د).
(٣) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ١٩١)، «روضة الطالبين» (٤/ ٤١٦).
(٤) الزيادة في (د).
(٥) الزيادة من (د).
(٦) ورد في (أ): «فصل الخصوم»، والمثبت من (د، ط، ي).
(٧) ورد في (أ): «فيعرض»، والمثبت من (د، ي).
(٨) ورد في (أ، ي): «رُدّ»، والمثبت من من (د، ط).
(٩) قال الرافعي: فيحلّف كل واحد منهما على نفي ما يُدَّعى عليه، فإن حلفا سقطت دعوى الثمن والنكاح، ولا مهر سواء دخل بها صاحب اليد أم لا؛ لأنَّه وإن أقر =

واستدرك صاحب «التقريب» وقال: من يدّعي أنَّه باع فهو يطلب الثمن، فله[١] التحليف على نفي الشراء. أمَّا من يدّعي التزويج[٢] على الآخر، [والآخر][٣] قد قال: بعت. فقد أنكر ملك نفسه في الجارية، فلو أقر لكان لا يقبل إقراره[٤]، فأي فائدة في تحليفه؟

ثُمَّ قال: إلَّا أن يُبنى[٥] على أن يمين الرد كالبينة، ففائدته النكول. واستدراكه على وجهه.

*** النظر الثاني: أنَّه إن حلف الزوج على نفي الشراء لم يطالب بالثمن.**

وهل[٦] للبائع الرجوع في الجارية؟ منهم من قال: نعم؛ لأنه[٧] عجز عن استيفاء الثمن بالإفلاس فينفسخ، وثبت[٨] حقه في الجارية، وإن زادت[٩] قيمتها على الثمن[١٠].

= بالمهر لمن كان مالكًا فهو منكر له، وتعود الجارية إلى المالك. «فتح العزيز» (١١/ ١٨١)، «روضة الطالبين» (٤/ ٤٠٩).

(١) ورد في (أ): «كله»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٢) ورد في (د): «التروبح على الاجر».
(٣) الزيادة من (ق، د، ط، ي).
(٤) لم يرد في (د).
(٥) في (أ): «الان بنى»، والصحيح هو المثبت من (د، ي).
(٦) كلمة «هل» لم ترد في (د، ط، ي).
(٧) ورد في (د): «يصير كأنه» بدل «نعم لأنَّه».
(٨) ورد في (ق): «ويثبت»، وفي (ط): «فيثبت».
(٩) في (أ): «زاد»، وكذا في (ي)، والمثبت من (د، ط).
(١٠) وعلى هذا يحل له وطؤها والتصرف فيها، ولا بدّ من التلفظ بالفسخ. «فتح العزيز» (١١/ ١٨١).

ومنهم من قال: لا، بل طريقه أنَّه ظفر بغير جنس[١] حقه، فيأخذ منها[٢] مقدار الثمن[٣].

هذا إذا لم يكن قد استولدها.

فإن جرى الاستيلاد؟ امتنع الرجوع بموجب قول البائع، وكان الولد أيضًا حُرًّا بموجب قوله فلا مرجع له[٤].

*** النظر الثالث: أن الزوج هل يحل له وطؤها؟**

نظر: فإن كان صادقًا؛ حلّ له وطؤها باطنًا.

وفي الظاهر وجهان: **أحدهما**: نعم[٥]؛ لأن العبرة بقولهما، وهي حلال بموجب قول البائع والزوج جميعًا. **والثاني**: أنها حرام لوقوع الاختلاف في الجهة؛ فإنَّه لو قال: لي عليك ألف من قرض، فقال: بل من ثمن مبيع؛ فهل يقدر على المطالبة[٦] [٧]؟ فيه خلاف، فالاختلاف في الجهة في البضع أولى.

---

(١) ورد في (أ): «يعنى خس»، وفي (ق): «بغير خس»، وفي (د): «بغير حبس»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٢) ورد في (د): «منه».

(٣) فعلى هذا يبيعها ويستوفي ثمنها، فإن فضل شيء فهو لصاحب اليد، ولا يحل له وطؤها. «فتح العزيز» (١١/ ١٨١).

(٤) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ١٨٢)، «روضة الطالبين» (٤/ ٤١٠).

(٥) وهذا هو الأصحّ في مذهب الشافعية، كما نصّ عليه النووي في «روضة الطالبين» (٤/ ٤١٠).

(٦) ورد في (أ): «تقدر بمطالبة».

(٧) قال الرافعي: إذا ادّعى عليه ألفًا من ثمن مبيع، فقال المدَّعى عليه: لك عليّ ألف ولكن من قرض؛ هل يحل للمدّعي أخذ الألف لاتفاقهما عليه ولاختلافهما في الجهة؟ إن قلنا: اختلاف الجهة يمنع الأخذ؛ لم يثبت الألف، وإلَّا ثبت. «فتح العزيز» (١١/ ١٥٧ ـ ١٥٨).

ومنهم من شبّه هذا بما إذا اشترى زوجته بشرط الخيار، فقد قال[١] الشافعي (رحمه الله) لا يطؤها في مدة الخيار، فإنَّه لا يدري أيطأ زوجته أو مملوكته[٢] [٣]، مع أنَّه كيف ما كان فهو حلال.

وسبيل حلّ إشكال النصّ تخريجه على أقوال الملك:

إن قلنا: الملك للبائع؛ فله ذلك، فإنَّه يدري أنَّه يطأ زوجته.

وإن قلنا: للمشتري؛ فلا؛ لأنَّه يطأ مملوكته بملك ضعيف يمنع الوطء؛ لبقاء خيار البائع.

وإن قلنا: إنَّه موقوف؛ فلا يطأ، وهو الذي أراد الشافعي (رحمه الله)؛ لأنَّه لا يدري أيطأ زوجته فيحل، أو مملوكته بملك ضعيف فلا يحل [له][٤].

*** النظر الرابع:**

نفقة الولد بعد الاستيلاد على المستولد؛ لأنَّه حرّ بموجب قول البائع، فنفقته على أبيه[٥]. ونفقة المستولدة على المستولد[٦] إن قلنا: يحل[٧] له.

---

(١) ورد في (ق): «فقال».

(٢) ورد في (ق): «منكوحته».

(٣) قال النووي: لو اشترى زوجته بشرط الخيار ثُمَّ خاطبها بالطلاق في زمن، فإن تمّ العقد وقلنا: الملك للمشتري، أو موقوف؛ لم يقع الطلاق. وإن قلنا: للبائع؛ وقع... وإن قلنا للمشتري، فوجهان، وليس له الوطء في زمن الخيار؛ لأنَّه لا يدري أيطأ بالملك أو بالزوجية، هذا هو الصحيح المنصوص، وفي وجه: له الوطء. «روضة الطالبين» (٣/ ٤٥٤)، «المجموع» (٩/ ٢٠٨).

(٤) الزيادة من (د، ط).

(٥) ورد في (أ): «أمه»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٦) لم يرد في (د).

(٧) ورد في (د) «تحل».

وإن قلنا: لا يحل له؛ **فوجهان**:

أحدهما: على البائع؛ إذ يقبل قوله في زوال ملكه عليه، لا في ما على غيره، وهو سقوط النفقة.

والثاني: أنها تأكل[١] من كسبها[٢]، فإن لم يكن فمن بيت المال؛ لأنها فقيرة.

❑❑❑

(١) ورد في (أ): «يأكل»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

(٢) وهذا هو الأصح والأظهر أن نفقتها في كسب الجارية ولا يكلف بها المالك القديم. «فتح العزيز» (١١/ ١٨٣)، «الروضة» (٤/ ٤١٠).

البابُ الثَّالث

في تعقيب[١] الإقرار بما يرفعه

وهو قسمان:

أحدهما[٢]

أن يعقبه[٣] بما يرفعه كله

وفيه مسائل سبع[٤]:

* **الأولى**: إذا قال: لفلان عليّ ألف من ثمن خمر أو خنزير، أو من ضمان شرط[٥] فيه الخيار لنفسه، أو سبب فاسد أسنده[٦] إليه، ويعتاد التعامل بمثله على الفساد، ففيه قولان[٧]:

---

(١) ورد في (ي، ط): «تعقب»، والمعنى لا يختلف كثيرًا.
(٢) ورد في (ق): «القسم الأول».
(٣) ورد في (ق): «تعقيبه»، وفي (ط، ي): «تعقبه»، والأولى ما أثبتناه من (د).
(٤) لم يرد في (ق).
(٥) ورد في (ق): «شرطت».
(٦) ورد في (أ): «أسند» من غير هاء، والمثبت من (ق، د، ط، ي) وهو الصحيح.
(٧) هذا إذا كان قوله: «من ثمن خمر» موصولًا بقوله: «عليّ ألف»، أمّا إذا كان منفصلًا عن قوله: «عليّ ألف»؛ فتلزمه الألف.
«فتح العزيز» (١١/ ١٦٥).

أحدهما: أنَّه يلزمه الألف[١]، والإضافة الفاسدة رفع بعد إثبات، فهو كقوله: عليّ ألف إلَّا ألفًا[٢].

والثاني[٣]، ولعله الأولى[٤]: أنَّه لا يلزمه[٥]؛ لأنَّه لم يقر بلزوم[٦] شيء، وكلامه منظوم في نفسه، فصار كما إذا قال: أنت طالق إن شاء الله؛ فإنَّه لمَّا انتظم[٧] لم يكترث باندفاع الطلاق.

وقطع الأكثرون[٨] بأنَّه لو قال: لفلان عليّ ألف إن شاء الله؛ لا يلزمه شيء؛ لأنَّه للشك في الإقرار وللتعليق في[٩] الطلاق.

وحكى صاحب «التقريب» عن بعض الأصحاب طرد القولين.

ولا خلاف في أنَّه إذا قال: له عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر؛ وقصد به التعليق؛ أنَّه يخرّج على القولين، بخلاف ما إذا قال: إذا جاء رأس

---

(١) وهذا هو الأظهر عند العراقيين وغيرهم، فيبعّض إقراره ويعتبر أوله ويلغى آخره؛ لأنَّه وصل به ما يرفعه، قاله النووي في «روضة الطالبين» (٤/ ٣٩٦). وبهذا قال أبو حنيفة (رحمه الله) كما ذكره الرافعي. «فتح العزيز» (١١/ ١٦٥).

(٢) ورد في (ق، د): «إلَّا ألف».

(٣) ورد في (ق): «للثاني».

(٤) ورد في (أ): «الأول»، والمثبت من (ق، د، ط، ي) وهو الصحيح.

(٥) وهو اختيار المزني وأبي إسحاق؛ لأن الكل كلام واحد، فيعتبر بآخره ولا يتبعض كلامه. «فتح العزيز» (١١/ ١٦٥).

(٦) في (أ): «بملزوم»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

(٧) ورد في (أ): «انظم»، والصحيح هو المثبت من (ط، ي).

(٨) انظر: «المهذّب» (٢/ ٣٤٦)، «منهاج الطالبين» (ص٦٨)، «مغني المحتاج» (٢/ ٢٥٥).

(٩) ورد في (أ): «في الإقرار»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي)، إلَّا أنَّه في (د): «والتعليق».

الشهر[١] فله عليّ ألف؛ فإنَّه لا يلزمه، قولًا واحدًا؛ لأنَّه قدّم كلمة التعليق، إلَّا أن يفسر ذلك بأجل أو وصية، فيحتمل، ولكن لا يلزمه دون تفسيره.

ولو قال: لك عليّ ألف إن شئت؛ قال الأصحاب: لا يلزمه؛ لأنَّه تعليق بالمشيئة. قال الإمام[٢]: يخرج على القولين إن قدم صيغة الالتزام، وإن أخر؛ فيقطع بأنه[٣] لا يلزمه.

* **الثانية**: إذا قال: [له][٤] عليّ ألف لا يلزمني[٥]؛ يلزمه الألف[٦]؛ لأنَّه متناقض.

و[لو][٧] قال: ألف قضيته؛ فطريقان[٨]: منهم من قطع باللزوم لتناقضه[٩]، ومنهم من خرّج على القولين[١٠]؛ إذ ذلك ممَّا يطلق في العادة.

---

(١) من قوله: «وقصد به التعليق» إلى قوله: «الشهر»: سقط من (ق).
(٢) ورد في (أ): «للإمام»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي)، وفي (ق): «الإمام رحمة الله عليه».
(٣) ورد في (أ): «فإنه»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).
(٤) الزيادة من (ي).
(٥) ورد في (أ): «لا يلزم»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ي).
(٦) انظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٣٩٧).
(٧) الزيادة من (ط، ي).
(٨) في (أ): «طريقان» من غير فاء، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٩) وهذا أصحّ عند صاحب الكتاب، وهو القطع بلزوم الألف؛ لقرب اللفظ من عدم الالتزام؛ فإنَّ ما قضاه لا يكون عليه بخلاف قوله: «من ثمن الخمر»، فإنَّه ربَّما يظن لزومه. «فتح العزيز» (١١/ ١٦٧).
(١٠) وهذا هو الأصح عند الجمهور، كما نصّ عليه الرافعي في «فتح العزيز» (١١/ ١٦٧).

* **الثالثة**: إذا قال: عليّ ألف مؤجل؛ طريقان[١]:

منهم من قطع بالقَبول[٢]؛ للصحة والاعتياد جميعًا.

ومنهم من خرج على القولين؛ لأنَّه لو ذكر الأجل منفصلًا لم يقبل، وجعل مانعًا للزوم، فكذلك[٣] إذا ذكره متصلًا.

وكذا إذا قال: عليّ ألف من ثمن عبد إن سلم سلمت[٤]؛ لأنَّه إضافة صحيحة معتادة.

ولو قال: عليّ ألف مؤجل[٥] من جهة تحمّل العقل؛ فيقطع[٦] بصحته؛ لأن الأصل فيه الأجل، والحلول فيه[٧] دخيل، ومنهم من خرّج على القولين[٨].

* **الرابعة**: إذا قال: له عليّ ألف، ثُمَّ جاء بألف وقال: هذه وديعة عندي؛ فقال المقر له: ما أقررت به ألف آخر هو دَين.

فالذي قطع به المراوزة: قبوله. وعليه يدل نصّ الشافعي (رحمه الله) على أنَّه لو قال: عليّ شيء؛ ثُمَّ فسّر بالوديعة؛ قُبل؛ لأن[٩] الوديعة عليه

---

(١) هذا إذا ذكر الأجل موصولًا، أمَّا إذا ذكر الأجل مفصولًا فلم يقبل.

(٢) وهذا هو المذهب لدى الشافعية، كما نصّ عليه النووي، والرافعي، وبه قال أحمد. «فتح العزيز» (١١/ ١٦٩).

(٣) ورد في (أ): «وكذلك»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(٤) أصحّ القولين فيه: القطع بالقبول.

(٥) كلمة (مؤجل) لم ترد في (د).

(٦) ورد في (د): «يقطع» من غير فاء.

(٧) «فيه» لم يرد في (ق، د).

(٨) ذكر الرافعي في كتابه «فتح العزيز شرح الوجيز»: أن الأظهر هو القول الثاني. «فتح العزيز» (١١/ ١٦٩)، ولم يرجّح النووي أحد القولين. «روضة الطالبين» (٣/ ٣٩٨).

(٩) ورد في (أ): «الان»، والصحيح هو المثبت من (ط، ي).

ردّها، وقد يتعدى فيها، فيضمن[١].

نعم، لو قال: تلف في يدي؛ فلا يُقبل[٢] قوله في سقوط الضمان؛ لأن قوله «عليّ» مُشعر[٣] به.

وقال العراقيون: في اتحاد الألف قولان.

وإن قال: له عليّ ألف في ذمتي؛ فقولان مرتبان[٤]، وأولى بأن لا يفسّر بالوديعة.

ولو قال: عليّ ألف [دينار][٥] دينًا في ذمتي؛ فأولى بأن يتعدّد، وهاهنا يظهر خيال التعدّد، ويبعد[٦] تفسيره بالتعدّد.

فإن قلنا: إن التفسير بالوديعة منفصلًا مقبول؛ فمتصلًا أولى.

وإن قلنا: لا يقبل[٧]؛ فيخرج المتصل على قولي الإضافة[٨] إلى الجهات الفاسدة.

---

(١) وهذا هو أصح القولين، أن القول قول المقر مع يمينه؛ لأن الوديعة يجب حفظها والتخلية بينها وبين المالك، فلعله أراد بكلمة «عليّ» الإخبار عن هذا الواجب، ويحتمل أيضًا أنَّه تعدى فيها حتَّى صارت مضمونة عليه، فلذلك قال: هي عليّ، وأيضًا فقد تستعمل عليّ بمعنى عندي، وفسّر بذلك قوله تعالى مخبرًا: ﴿وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنْبٌ﴾ [سورة الشعراء، آية: ١٤]. «فتح العزيز» (١١/ ١٧٠).

(٢) في (أ): «تقبل»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٣) في (أ): «مستشعر»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٤) المذهب عند الشافعية والقول الأصح: أنَّه لا يقبل، والقول قول المقر له مع يمينه؛ لأن العين لا تثبت في الذمة، كذا ذكره النووي، والرافعي. «فتح العزيز» (١١/ ١٧٠)، «روضة الطالبين» (٤/ ٣٩٩).

(٥) الزيادة من (د).

(٦) ورد في (أ): «تبعد»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٧) ورد في (أ): «تقبل»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(٨) ورد في (د): «فيخرج قولا المتصل على الإضافة»، وفي (أ): «فتخرج المتصل في قولي الإضافة»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، ط، ي).

ولو قال: عليّ ألف درهم عارية؛ ففي[١] طريقة العراق: أنَّه يلزمه؛ لأن إعارة الدراهم تصحّ[٢] فتكون مضمونة، **وإن قلنا**: لا تصح[٣]؛ فهي عارية فاسدة مضمونة[٤]. وفي طريقة المراوزة: أن عارية الدراهم، إذا لم يصح[٥] فهي باطلة؛ لأنها[٦] غير قابلة للانتفاع أصلًا فلا ضمان، فعلى هذا يخرّج[٧] على قولي الإضافة إلى الجهة الفاسدة.

* **الخامسة**: لو[٨] قال: هذه الدار لك عارية أو هبة؛ قال الشافعي (رحمه الله): له أن يخرج المقر له [منها][٩] مهما[١٠] شاء؛ لأن قوله «لك» وإن كان ظاهرًا للملك، فإذا تعقب بالعارية نزل عليه[١١]، وكذا لو قال: لك هبة. ثُمَّ قال: أردت هبة لم أقبضها؛ فموجب النص: القبول[١٢].

وقال صاحب «التقريب»: ينبغي أن يخرّج الكل على قولي[١٣] ثمن

---

(١) ورد في (أ): «في»، والأولى ما أثبتناه من (د)، ونحو (أ) في (ط، ي).

(٢) (٣) في (أ): «يصح»، في الموضعين، والأولى ما أثبتناه من (د).

(٤) قال الرافعي والنووي: ولو قال: عندي ألف عارية فهي مضمونة عليه، صحَّحنا إعادة الدراهم أو أفسدناها؛ لأن الفاسد كالصحيح في الضمان. «فتح العزيز» (١١/ ١٧١)، «روضة الطالبين» (٤/ ٤٠٠)، «تكملة المجموع» (٢٠/ ٣٢٠).

(٥) في (ط، ي): «لم يصحح».

(٦) في (أ): «فإنها»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٧) في (أ): «تخرّج»، والصحيح ما أثبتناه من (ي، ط).

(٨) ورد في (د): «إذا».

(٩) الزيادة من (د، ط، ي).

(١٠) ورد في (د): «متى».

(١١) وهذا هو المذهب «الروضة» (٤/ ٤٠٠).

(١٢) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ١٧٢)، «روضة الطالبين» (٤/ ٤٠٠).

(١٣) ورد في (أ): «قول»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

الخمر والخنزير؛ لأنَّه رفع لما تقدم من لام التمليك، وهو[١] فاسد؛ لأن اللام ظاهر في التمليك، ومحتمل[٢] لوجوه في الإضافة إذا ذكر متصلًا به.

* **السادسة**: إذا قال: رهنت وأقبضت[٣]، أو وهبت وأقبضت[٤]؛ ثُمَّ قال: كنت أقبضت قولًا، وظننت أن القبض حاصل به[٥]؛ نصّ الشافعي (رحمه الله) على قبول دعواه في تحليف الخصم. ولا خلاف أنَّه لو قال: كذبت ـ من غير تأويل ـ؛ لم يقبل دعواه[٦].

ولو قال: أقررت[٧] إشهادًا [على الصك][٨] على العارية[٩]؛ ثُمَّ لم يتفق[١٠]؛ ففي قبول الدعوى للتحليف وجهان.

---

(١) ورد في (أ): «فهو»، والأولى ما هو المثبت من (د، ط، ي).

(٢) ورد في (د): «مجمل».

(٣) في (أ): «فأقبضت» والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٤) ورد في (أ): «وهين فأقبضت»، والصحيح ما أوردناه من (ي)، وسقطت هذه العبارة من (ط).

(٥) قال الرافعي: إذا أقر بالقبض مع الهبة فقال: وهبت وأقبضت، أو سلمته مني، أو حازه مني؛ لزمه الإقرار. فلو عاد وأنكر القبض، وذكر لإقراره تأويلًا، أو لم يذكره؛ فهو كما ذكرنا في الرهن أنَّه له تحليفه، وقيل: لا يحلّفه إلَّا أن يذكر للإقرار تأويلًا. «فتح العزيز» (١١/ ١٧٢).

(٦) ولو أقر ببيع أو هبة وقبض، ثُمَّ قال: كان ذلك فاسدًا وأقررت لظني الصحة؛ لم يصدّق، لكن له تحليف المقر له، فإن نكل حلف المقر وحكم ببطلان البيع والهبة. (نفس المصدر).

(٧) ورد في (ق): «أمرت».

(٨) الزيادة من (ط، ي، ق، د).

(٩) ورد في (ق، د، ط، ي): «العادة».

(١٠) في (ق): «لم يتفق الإقباض»، ولم يرد في غيره.

أولاهما: القبول؛ لأنَّه محتمل، ولا خلاف أن العربيّ إذا أقرَّ بالعجمية، ثُمَّ قال: لقنت ولم أفهم؛ أنَّه تقبل دعواه[1].

* **السابعة**: إذا قال: هذه الدار لزيد بل لعمرو؛ سلّم[2] إلى زيد، وهل يغرم لعمرو؟ [فيه] **قولان**:

المنصوص هاهنا: أنَّه لا يغرم؛ لأن الدار قائمة، ومنازعة صاحب اليد فيها ممكن، ولم يصدر منه[3] إلَّا مجرد قول.

والثاني، وهو القياس: أنَّه يضمن بالحيلولة[4]، كما لو أبق المغصوب[5] من يده[6].

وهذا الخلاف جار في شهود المال إذا رجعوا وعينُ [المال][7] أو إمكان المطالبة بقيمته قائم، أنهم[8] هل يغرمون؟

ثُمَّ من الأصحاب من أطلق القولين، ومنهم من خصّص بما إذا لم يسلّم إلى زيد بنفسه، بل أخرج القاضي من يده، فإن سلّمه[9]، ففعله غصب بموجب قوله موجب للضمان[10].

---

(١) قال الشيرازي: وإن أقر أعجمي بالعربية أو عربي بالعجمية، ثُمَّ ادعى أنَّه لم يعلم بما قال؛ فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الظاهر ما يدعيه. «المهذّب» (٢/ ٣٤٦ ـ ٣٤٧)، «التنبيه» (ص٢٧٤)، «فتح العزيز» (١١/ ١٧٢).

(٢) في (أ): «وسلم»، ونحوه في (ط)، والأولى ما أثبتناه من (ي).

(٣) في (أ): «وان يصدمنه»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٤) وهو قول أحمد وهو الأصح عند الأكثرين كما ذكره الرافعي.

(٥) في (ق): «المغضوب»، وفي (د): «منصوب».

(٦) إذا أبق المغصوب من يد الغاصب؛ فهو يضمنه. انظر: «فتح العزيز» (١١/ ١٧٣).

(٧) الزيادة من (ي، ط)، وفي (ط): «المال باقية».

(٨) في (أ): «فإنهم»، والأولى هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

(٩) في (ق): «سلم».

(١٠) انظر لمزيد من التفصيل: «روضة الطالبين» (٤/ ٤٠١)، «فتح العزيز» (١١/ ١٧٤).

أمَّا إذا قال: غصبت الدار من زيد، وملكها لعمرو، وسلّم إلى زيد؛ لم يلزمه[(١)] شيء لعمرو؛ لأنَّه يحتمل أن يكون مرتهنًا أو مستأجرًا، وغصب منه فيبرأ[(٢)] بالرد عليه؛ فلا يغرم للثاني[(٣)]، وقيل بتخريج[(٤)] ذلك على القولين ظاهرًا[(٥)] [(٦)].

أمَّا إذا قدم الإقرار بالملك وقال[(٧)]: هي لفلان [و][(٨)]أنا غصبتها من فلان؛ [فالأكثرون][(٩)] سوّوا بين الصورتين حتَّى يسلم إلى من غصب منه، و[لا][(١٠)] يغرم للمالك.

ومنهم من رأى تخريج هذا على القولين ظاهرًا، [وزعم أنَّه يسلم للأول، وهل يغرم للثاني؟ قولان][(١١)] [(١٢)].

---

(١) ورد في (ي): «سلم إلى زيد ولم يلزمه».

(٢) ورد في (أ): «فبرأ»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٣) ورد في (أ): «الثاني»، والمثبت من (ق، د، ط، ي).

(٤) ورد في (د): «يخرج».

(٥) ورد في (أ) بعد قوله ظاهرًا: «وزعم أنَّه سلم إلى الأول وهل يغرم للثاني قولان»، وهذه العبارة جزء من عبارة آتية بعد هذه الفقرة، فحذفناها.

(٦) وأصح القولين هو القطع بأنَّه لا غرم؛ لأنَّه لا منافاة هنا بين الإقرارين لجواز أن يكون الملك لعمرو، ويكون في يد زيد بإجارة أو رهن أو وصية بالمنافع، فيكون الآخذ غاصبًا منه. «فتح العزيز» (١١/ ١٧٤)، «روضة الطالبين» (٤/ ٤٠٢).

(٧) ورد في (أ): «ظل»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، ي، ط)، وفي (د): «فقال».

(٨) الزيادة من (د، ط، ي).

(٩) الزيادة من (د، ط، ي)، وفي (د): «قال الأكثرون».

(١٠) الزيادة من (ط، ي): وهو الصحيح.

(١١) الزيادة من (ق، د، ط).

(١٢) قال الرافعي: إذا أخر ذكر الغصب فقال: هذه الدار ملكها لعمرو، وغصبتها من زيد؛ **فوجهان**: **أظهرهما**: أن الحكم كما في الصورة الأولى لعدم التنافي، فتسلم إلى زيد ولا يغرم لعمرو. **والثاني**: إذا أقر بالملك أولًا؛ لم يقبل إقراره باليد =

القسم الثاني

فيما يرفع بعض الإقرار

وفيه ثلاث مسائل:

*** الأولى: جواز استثناء الأقل والأكثر ما بقي[١] من المقرّ به شيء:**

فلو قال: [عشرة إلَّا تسعة؛ قُبل، ولم يلزمه إلَّا درهم.

ولو قال: عشرة إلَّا عشرة؛ بطل الاستثناء، ولزم العشرة.

ولو قال][٢]: عشرة إلَّا تسعة إلَّا ثمانية إلَّا سبعة إلَّا ستة ـ هكذا إلى أن انتهى إلى الواحد ـ؛ يلزمه خمسة؛ لأن الاستثناء من الإثبات نفي، ومن النفي إثبات[٣]، فإذا جمع صيغ الإثبات على اليد اليمنى والصيغ التي[٤] بعدها على اليسرى، اجتمع على اليسرى خمسة وعشرون، وعلى اليمنى ثلاثون، فإذا[٥] أسقطت المنفيّ من[٦] المثبت بقي خمسة.

= لغيره، فتسلم إلى عمرو. وفي الغرم لزيد القولان، هكذا أطلقوه. كذا ذكره النووي في «روضة الطالبين» (٤/ ٤٠٢)، وانظر: «فتح العزيز» (١١/ ١٧٤ ـ ١٧٥).

(١) ورد في (ق): «من الأكثر ما»، وفي (د): «والأكثر مهما».

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من (ق، د، ط، ي).

(٣) بدأ المؤلف في الكلام في الاستثناء، وهو جائز في الإقرار والطلاق وغيرهما، بشرط أن يكون متصلًا، ولا يكون متفرقًا، فإن سكت بعد الإقرار طويلًا أو تكلم بكلام أجنبي عما هو فيه ثُمَّ استثنى؛ لم ينفع الاستثناء. «فتح العزيز» (١١/ ١٧٥).

(٤) ورد في (أ): «النفي»، والصحيح هو المثبت من (د، ط، ي).

(٥) في (أ): «إذا»، والمثبت من (د، ط، ي).

(٦) في (ط، ي): «عن».

*** الثانية: الاستثناء من[(١)] غير الجنس صحيح عندنا:**

وقال أبو حنيفة[(٢)]: لا يصح إلَّا في استثناء المكيل من الموزون، أو الموزون من المكيل[(٣)].

وصورته أن يقول: عليّ ألف درهم إلَّا ثوب[(٤)]؛ فمعناه: إلَّا قيمة ثوب، ولكن ينبغي[(٥)] أن يفسّر[(٦)] الثوب بما ينقص[(٧)] عن الألف. فلو[(٨)] فسّره بما استغرق؛ **فوجهان:**

أحدهما: بطلان التفسير إلى أن يفسّر بما ينقص[(٩)].

والثاني: بطلان أصل الاستثناء[(١٠)].

---

(١) ورد في في (أ، ي): «عن»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط).

(٢) وهو قول الشيخين أبي حنيفة وأبي يوسف (رحمهما الله)، وعليه المذهب. أمَّا محمد وزفر (رحمهما الله)، ومعهما الإمام أحمد (رحمه الله) فقالوا: لا يصح أصلًا، لا في الموزون من المكيل، ولا استثناء المكيل من الموزون. انظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٢١٠)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٩٩)، «الهداية» للمرغيناني (٣/ ١٨٤).

(٣) ورد في (ق): «الوكيل».

(٤) ورد في (أ): «ثوبًا»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٥) ورد في (أ): «معناه» بدل «ينبغي»، والمثبت من (ق، د، ط، ي).

(٦) ورد في (أ): «قيمة الثوب»، ولم ترد كلمة «قيمة» في (ق، د، ط، ي).

(٧) ورد في (أ): «تنقص»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

(٨) في (ق، د): «ولو».

(٩) لأنَّه صحيح من حيث اللفظ، وإنَّما الخلل فيما فسّر به اللفظ، فيقال له: هذا التفسير غير صحيح، ففسره صحيحًا، وهذا الوجه هو الأصح عند صاحب «التهذيب»، «فتح العزيز» (١١/ ١٧٩).

(١٠) قال الإمام وغيره: هذا هو الأصح، وهو الأشبه. «فتح العزيز» (١١/ ١٧٩)، «روضة الطالبين» (٤/ ٤٠٧).

* الثالثة: الاستثناء عن العين:

كقوله: هذه الدار لفلان، والبيت الفلاني منها لي. أو: هذه الدار لفلان إلَّا البيت[١]. أو: هذا الخاتم إلَّا الفصّ. أو: هؤلاء العبيد إلَّا واحد؛ فالمذهب صحة الاستثناء.

وفيه وجه: أن الاستثناء إنَّما ورد في اللسان عن الأعداد؛ فلذلك يقبل[٢]، وإلَّا فالأصل أن رفع الإقرار السابق باطل[٣].

* فرعٌ:

لو قال: هؤلاء العبيد لفلان إلَّا واحدًا[٤]؛ وقلنا: صح[٥]؛ طولب بتعيينه، وقُبل قوله.

فلو ماتوا إلَّا واحدًا[٦]، فقال[٧]: هذا هو المستثنى؛ فالصحيح قبوله[٨]، كما لو عيّن أولًا ثُمَّ مات الآخر.

وفيه وجه: أنَّه لا يقبل؛ لأنَّه يوجب إعدام أثر الإقرار، بخلاف ما لو قال: غصبت هؤلاء العبيد إلَّا واحدًا؛ فإنَّه يقبل تعيين الواحد الباقي؛ لأن أثر الإقرار يبقى في مطالبته بقيمة الموتى.

❑❑❑

(١) ورد في (أ): «الثلث»، والصحيح ما أثبتناه من (ي، ط)، وفي (ق): «إلَّا البيت الفلاني»، وفي (د): «إلَّا هذا البيت».
(٢) ورد في (أ): «تقبل»، والصحيح هو المثبت من (ط، ي).
(٣) انظر: «فتح العزيز» (١١/ ١٨٠).
(٤) ورد في (أ، ي): «واحد»، والمثبت من (ط).
(٥) ورد في (ق، د): «يصح».
(٦) في (ي، أ، ط): «واحد»، والمثبت هو الصحيح من حيث اللغة.
(٧) ورد في (أ): «وقال»: والمثبت هو الصحيح من (ط، ي، ق).
(٨) ورد في (أ): «قوله»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

الباب الرَّابع
في الإقرار بالنّسب

وهو قسمان:

القسم الأوَّل[١]
أن يُقرّ على نفسه ويستلحق شخصًا

فقوله مقبول بشرط أن يَسْلَم [عن][٢] تكذيب الحسّ، بأن يكون المستلحَق أكبر سنًّا منه، أو مثله[٣]. وعن تكذيب الشرع بأن يكون المستلحَق مشهور النسب[٤]. وعن تكذيب[٥] المقر له بأن يكون[٦] بالغًا فيكذّبه. فلا يثبت[٧] النسب في هذه الصور الثلاث، وإنّما

(١) ورد في (د، ط، ي): «أحدهما».
(٢) الزيادة من (ق، د، ط، ي).
(٣) فلو كان في سن لا يمكن أن يكون ولدًا للمستلحق؛ فلا اعتبار بإقراره. فإن قدمت امرأة من الروم أو غيرها من بلاد الكفر ومعها صبي؛ فادعاه رجل من المسلمين؛ لَحِقَه إن احتمل أنَّه خرج إليها أو أنها قدمت قبل ذلك، وإلَّا لم يلحقه. انظر: «فتح العزيز» (١١/ ١٨٦ ـ ١٨٧)، «روضة الطالبين» (٤/ ٤١٤).
(٤) لأن النسب الثابت من شخص لا ينتقل إلى غيره، ولا فرق بين أن يصدقه المستلحق أو يكذبه. «فتح العزيز» (١١/ ١٨٧).
(٥) ورد في (ق): «تكذيبه».
(٦) ورد في (أ): «تكون»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٧) ورد في (أ): «تثبت»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

يثبت(١) في مجهول يولد مثله لمثله، وهو يقرّ(٢) إن كان بالغًا، أو هو صغير أو مجنون أو ميت، حتَّى لا يتصور تكذيبه، فإنَّ إقراره ليس بشرط.

فلو استلحق صغيرًا، فمات الصغير؛ ورثه. ولو مات المستلحق؛ ورثه الصغير. بل لو مات الصغير أولًا، وله ميراث، ثُمَّ استلحقه؛ قُبل قوله عندنا، ولم يُترك(٣) بسبب التهمة(٤)، خلافًا لأبي حنيفة(٥).

نعم، لو مات بالغًا فاستلحقه، ذكر العراقيون وجهين، ومال(٦) القاضي إلى أنَّه لا يقبل(٧) (٨)؛ إذ تأخيره إلى موته مع مصادفته حالة يتصور تصديق المقر له [فيه](٩) يوهم كذبه، وهذا لا يليق بمذهب الشافعي، فإنَّه لا يردّ الأقارير بالتهم.

نعم، لو استلحق صغيرًا فبلغ وأنكر؛ **فيه وجهان:**

---

(١) ورد في (أ): «تثبت»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٢) ورد في (أ): «مقرّ»، وفي (د): «أن يقر»، والمثبت من (ط، ي).

(٣) ورد في (ط): «لم يكترث».

(٤) لأن أمر النسب مبني على التغلب، ولهذا نثبته لمجرد الإمكان، حتَّى أنَّه لو قتله ثُمَّ استلحقه؛ قُبل، ويحكم بسقوط القصاص. «فتح العزيز» (١١/ ١٨٨).

(٥) لم أجد هذه الجزئية في كتب الفقه الحنفي بعد بحث شديد، وقد تحدثوا عن إقرار الرجل عمومًا ولم ينصوا على هذه المسألة.
يراجع: «الهداية» (٣/ ١٩١)، «تكملة حاشية رد المحتار» (٢/ ٥١)، «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٢٨)، «المبسوط» (١٧/ ١١٨).

(٦) ورد في (أ): «قال»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٧) ورد في (أ): «تقبل»، والصحيح ما هو مثبت من (ط، ي).

(٨) والأكثرون على أنَّه يلحقه كالصغير، ومنعوا كون التصديق شرطًا على الإطلاق، بل هو شرط، إذا كان المستلحق أهلًا للتصديق. «فتح العزيز» (١١/ ١٨٨).

(٩) الزيادة من (د).

أحدهما: لا مبالاة بإنكاره[١]؛ إذ[٢] حكمنا بثبوت النسب وبالتوريث من الجانبين.

والثاني: يقبل. وإنَّما كان ذلك حكمًا بشرط سلامة العاقبة كتصحيح الأقارير والتصرفات في مرض الموت.

* **فرعان**:

* **أحدهما**: له[٣] أمتان، ولكل واحدة[٤] ولد ولا زوج لهما، فقال: أحد هذين الابنين ولدي؛ فقد[٥] ثبت نسب واحد مُبهم[٦]، فيطالب بالتعيين. فإذا عيَّن؛ تعيّن وعُتق. وصارت الأم مستولدة[٧]، إن كان قد قال: هذا ولدي منها قد علقت به في ملكي. وإن أطلق وقال: ولدي منها؛ فقد ذكرنا فيه وجهين، فإن مات قبل التعيين؛ فتعيين الورثة كتعيين المورّث.

فإن عجزنا؛ عرضنا على القائف[٨]، وتعيين القائف كتعيينه في النسب والاستيلاد وسائر الأحكام. فإن عجزنا [عن][٩] القائف أقرعنا

---

(١) وهذا هو الأظهر في المذهب، كما نصّ عليه الرافعي والنووي. «فتح العزيز» (١١/ ١٨٧)، «الروضة» (٤/ ٤١٤).
(٢) ورد في (أ): «أو»، والمثبت من (ق، د، ط، ي).
(٣) لم يرد في (د).
(٤) ورد في (أ): «واحد»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).
(٥) ورد في (أ): «فقط»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٦) ورد في (أ): «منهما»، وفي (ط): «نسبه مُبهمًا»، والمثبت من (ي).
(٧) ورد في (أ): «الأمر المستولدة»، وفي (ق): «الأمة المستولدة»، وفي (د): «الأم»، والصحيح ما أثبتناه من (ي، ط).
(٨) ورد في (د، ط): «القافة».
(٩) الزيادة من (ط، ي).

بينهما؛ فمن خرجت قرعته؛ عُتق ولم يثبت نسبه ولا ميراثه؛ إذ لا عمل للقرعة إلَّا في العتق(١)، وبينهما عتق مبهم.

وهل يقرع بين الأمتين(٢)؟ **وجهان**:

أحدهما: [لا](٣)؛ إذ أمّية الولد والعتق به تبع نسب الولد، ولا نسب(٤).

والثاني: نعم(٥)؛ لأن لهما نسبًا مبهمًا، وإحداهما(٦) عَتيقة بحكم(٧) [ذلك](٨)؛ فيقرع لأجل العتق.

وهل يقف نصيب ابن من الميراث؟ **وجهان**:

أحدهما: بلى؛ إذ أحدهما نسيب(٩).

والثاني: لا(١٠)؛ لأنَّه نسب مأيوس عن ظهوره والموالاة(١١) به،

---

(١) قال الرافعي: ولا يحكم لمن خرجت قرعته بالنسب والميراث؛ لأن القرعة على خلاف القياس وإنَّما ورد الخبر بها في العتق، فلا تعمل في النسب والميراث. «فتح العزيز» (١١/ ١٩٣).

(٢) ورد في (أ): «يفرغ من الأمين»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٣) الزيادة من (ق، د، ط، ي).

(٤) وهذا هو المذهب كما حكاه الإمام.

(٥) وهذا الذي أورده الأكثرون. «فتح العزيز» (١١/ ١٩٣).

(٦) في (أ): «أحدهما»، والمثبت من (د، ط، ي).

(٧) ورد في (أ): «يحكم»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٨) الزيادة من (ط، ي).

(٩) لأنَّا بتيقن أن أحدهما ابنه، وإن لم تفد القرعة تعيينه، فأشبه ما إذا طلّق إحدى امرأتيه ومات قبل البيان حيث يوقف نصيب امرأة.

(١٠) وهذا أصحّ عند الأكثرين، واختار المزني الوقف. «فتح العزيز» (١١/ ١٩٦).

(١١) ورد في (أ): «المولاة»، والصحيح هو المثبت من (ط، ي).

فلا يؤثّر في التوريث(١).

* **الفرع الثاني**: [أمة](٢) لها ثلاثة أولاد، فقال السيد: أحد هؤلاء ولدي(٣)، استولدتها به في ملكي؛ فهو إقرار بأمّية الولد، ويطالب بالتعيين. فإن عيّن الأصغر؛ عتق وثبت نسبه. وإن عيّن الأوسط(٤)؛ ثبت نسبه وعتق الأصغر أيضًا وثبت نسبه؛ لأنَّه وُلد على فراشه(٥)، إلَّا إذا ادّعى الاستبراء وقلنا: الولد ينتفي بمجرد دعوى الاستبراء في المستولدة؛ وعند ذلك يحكم(٦) بعتق الأصغر؛ لأنَّه ولد المستولدة، ولكن [يعتق](٧) إذا عتقت(٨) المستولدة بموت السيد(٩). وفيه وجه: أنَّه لا يعتق؛ لاحتمال أنَّه استولدها بالأوسط، وهي مرهونة وقلنا: لا ينفذ الاستيلاد، فبيعت وولدت الأصغر في يد المشتري، ثُمَّ اشتراها المستولد. وقلنا: يعود الاستيلاد، ولكن لا يتعدى إلى ولد ولدته في ملك الغير، ثُمَّ اشترى الأصغر المولود في ملك الغير، والقائل الأول وإن اعترف بهذا التفريع، فيأبى(١٠) دفع مطلق الإقرار بهذا التقدير البعيد.

---

(١) ورد في (ق): «التوزيع».
(٢) الزيادة من (د، ط، ي).
(٣) في (أ): «الذي»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).
(٤) في (د): «الثاني».
(٥) في (أ): «فراشته»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٦) ورد في (د): «لا يحكم».
(٧) الزيادة من (ق)، ولم ترد في أي نسخة أخرى.
(٨) في (أ): «اعتقت»، والأصح هو المثبت من (ط، ي).
(٩) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ١٩٤)، «روضة الطالبين» (٤/ ٤١٨)، وهذا هو أظهر القولين في مذهب الشافعية، كما نصّ عليه الرافعي والنووي.
(١٠) في (أ): «فياتي فدع»، والصحيح هو المثبت.

هذا إذا عيّن قبل الموت[١]، فإن مات فوارثه أو القايف يقومون[٢] مقامه ـ فإن عجزنا عنهم أقرع بين الأولاد الثلاثة ـ. فإن خرج على الأصغر تعين للعتق، وإن خرج على الأوسط عتق مع الأصغر، إلَّا على تقدير الخروج على مسألة الرهن[٣].

قال المزني[٤] معترضًا على نصّ الشافعي (رحمه الله): كيف يدخل الصغير القرعة وهو حرّ بكل حال؟

وما ذكره المزني خطأ؛ لأنَّه يدخل في القرعة ليخرج عليه، فيقتصر العتق عليه؟ أو يخرج على غيره، فيعتق هو[٥] مع غيره؟ ثُمَّ قال الشافعي (رحمه الله): لا تأثير للقرعة في النسب، والميراث مصروف [إلى الوارث][٦] المتيقّن وراثته.

قال المزني: وينبغي أن يوقف ميراث ابن، وهو ظاهر القياس.

ولكن[٧] الشافعي (رحمه الله) لم يرَ الوقف بعد اليأس عن ظهور هذا[٨] النسب.

---

(١) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ١٩٥)، «روضة الطالبين» (٤/ ٤١٩).
(٢) ورد في (د): «يقومان».
(٣) في (أ): «الرد»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).
(٤) قال المزني (رحمه الله): وأقول أنا في الثلاثة الأولاد إن كان الأكبر هو الابن فهو حر، والأصغر والأوسط حران بأنهما ابنا أم ولد، وإن كان الأوسط هو الابن فهو حر، والأصغر حر بأنَّه ابن أم ولد، وإن كان الأصغر هو الابن فهو حر بالبنوة، فالأصغر على كل حال حر لا شك فيه، فكيف يرق إذا وقعت عليه القرعة بالرق؟. «مختصر المزني» (ص١١٥).
(٥) لم يرد في (ق).
(٦) الزيادة من (ق، د، ط، ي).
(٧) لم يرد في (ق).
(٨) لم يرد في (ق).

القسم الثَّاني

أن يُقر بالنسب[(١)] على مورثه

ومن له ولاية استغراق الميراث، فله إلحاق النسب بمورثه، سواء انفرد أو كانوا جميعًا.

وقال أبو حنيفة: لو خلف ابنًا واحدًا فأقرَّ بأخ آخر؛ لم يثبت[(٢)]، إلَّا[(٣)] إذا كانا ابنين[(٤)]. وهو ضعيف؛ فإنَّه إذا لم تعتبر[(٥)] صفات الشهود، بل قبل قبول الأقارير، فلا معنى للعدد.

ثُمَّ قال الأصحاب: يعتبر إقرار الزوج والمولى المعتق إذا كان من جملة الورثة[(٦)]. ولا مبالاة بإقرار[(٧)] القريب المحجوب بسبب من الأسباب، وإن كان هو أقرب إلى النسب؛ لأنَّه مأخوذ من استحقاق الإرث. وفي الزوج والمولى المعتق وجه أنَّه لا يعتبر[(٨)] قولهما.

---

(١) ورد في (أ): «النسب»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٢) ورد في (أ): «ثبت»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٣) هذا قول الطرفين، وهما الإمام أبو حنيفة ومحمد (رحمهما الله)، وقال الإمام أبو يوسف: يثبت. وبه أخذ الكرخي؛ لأنَّه لمَّا قبل في الميراث قبل في النسب، وإن كان أكثر من واحد بأن كانا رجلين، أو رجلًا وامرأتين فصاعدًا، يثبت النسب بإقرارهم بالإجماع لكمال النصاب. انظر: «حاشية ابن عابدين» (٨/ ١٨٧)، «المبسوط» للسرخسي (٣٠/ ٧١)، «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٢٩ ـ ٢٣٠).

(٤) ورد في (أ): «ابنى»، والمثبت هو الصحيح من (ق، د، ط، ي).

(٥) ورد في في (أ): «يعتبر»، والصحيح هو المثبت من (د)، وفي (ط): «نعتبر».

(٦) وفيهما وجه؛ لأن الزوجية تنصرم بالموت؛ ولأن المقر به النسب ولا شركة لهما في النسب، ويجري مثل هذا الخلاف في المعتق. «فتح العزيز» (١١/ ١٩٩).

(٧) ورد في (أ): «إقرار»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٨) ورد في (أ): «تعتبر»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

والبنت الواحدة إذا أقرّت، وأقرّ معها إمام المسلمين، ففي ثبوت النسب بقول الإمام وجهان:

أحدهما: نعم[١]؛ كالمولى المعتق.

والثاني: لا؛ لأنَّه ليس مستحقًّا، إنَّما المستحق جهة الإسلام، ولا يتصور صدور[٢] الإقرار منه.

أمَّا إذا خلف ابنين، فأقرّ أحدهما وأنكر الآخر؛ فالنسب لا يثبت قطعًا[٣]. ونصّ الشافعي (رحمه الله) على أن الميراث لا يثبت؛ لأنَّه فرع[٤] النسب[٥]، وعليه إشكالات[٦] قرّرناها في مسائل الخلاف، ولأجله خرج ابن سريج وجهًا أنَّه يرث[٧].

---

(١) وهذا ما أجاب به العراقيون أنَّه يثبت النسب بموافقة الإمام، «فتح العزيز» (١١/ ١٩٩).

(٢) ورد في (أ): «صدر»، وفي (ق): «صد»، والمثبت هو الصحيح من (د، ط، ي).

(٣) انظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٤٢٣)، وقد ذكر النووي أن هذا هو المنصوص في المذهب، وكذلك ذكره الرافعي في «فتح العزيز» (١١/ ٢٠٢).

(٤) انظر: كتاب «الأم» (٦/ ٢١٤)، «فتح الوهاب» (١/ ٣٨٨)، «مغني المحتاج» (٢/ ٢٦٢).

(٥) ورد في (ق، د): «النسيب».

(٦) ورد في (ق): «اتركالات».

(٧) قال الرافعي: وبه قال أبو حنيفة (رحمه الله)، ومالك وأحمد (رحمهما الله)، ويتأيد بمسائل منها: لو قال أحد الابنين: فلانة بنت أبينا؛ وأنكر الآخر؛ حرم على المقر نكاحها مع أنَّه فرع النسب الذي لم يثبت. ومنها: لو قال أحد شريكي العقار لثالث: بعت منك نصيبي؛ فأنكر، لا يثبت الشراء. ومنها: إذا اعترف الزوج بالخلع وأنكرت المرأة؛ ثبتت البينونة وإن لم يثبت المال الذي هو الأصل. «فتح العزيز» (١١/ ٢٠٢).

وذكر صاحب «التقريب» طريقين:

أحدهما[١]: أن الميراث يثبت[٢] باطنًا.

وهل يثبت[٢] ظاهرًا؟ وجهان.

والثاني: أنَّه لا يثبت ظاهرًا.

وهل يثبت[٢] باطنًا؟ وجهان.

التفريع:

إن قلنا: يثبت الميراث على المُقر، فإن كانت التركة ستمائة، فيأخذ المقر له من المقر كَم؟ وجهان:

أحدهما: مائة وخمسون، وهو نصف ما في يده[٣]؛ لأنَّه اعترف له بالمساواة في كل شيء.

والثاني: مائة، وهو ثلث ما في يده[٤]؛ فإنَّه مظلوم بالمائة الأخرى من المنكر.

قال صاحب «التقريب»: هذا إذا كان المقر مجبرًا في القسمة. فلو كانت[٥] القسمة بالتراضي؛ فقد[٦] تعدّى بتسليم نصيبه إلى المكذب، فيغرم له. والقياس ما قاله[٧].

---

(١) ورد في (أ، ي): «إحداهما»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط).

(٢) ورد في (أ): «ثبت» في المواضع الثلاث، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٣) وعزاه الرافعي للإمام أبي حنيفة (رحمه الله). «فتح العزيز» (١١/ ٢٠٣).

(٤) وهذا هو الأصح كما صرّح به الرافعي والنووي، قال الرافعي: وبه قال مالك، وأحمد (رحمهما الله)، أي: بثلث ما في يده؛ لأن حق الثالث بزعم المقر شائع فيما في يده وفي يد صاحبه، فله الثلث من هذا وله الثلث من ذاك. «فتح العزيز» (١١/ ٢٠٣).

(٥) ورد في (أ، ي): «كان»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط).

(٦) لم يرد في (ق).

(٧) انظر: لتوضيح كلام صاحب «التقريب» (١١/ ٢٠٧).

* فروع [سبعة][١]:

* **الأول**: لو أقر أحد الابنين بزوجية امرأة لأبيه، وأنكر الآخر؛ فالظاهر أنَّه لا يثبت الميراث، كما في النسب.

وفيه وجه: أنَّه يثبت؛ لأن المقصود بالإقرار هاهنا الإرث دون الزوجية.

* **الثاني**: أقر أحد الابنين وأنكر الآخر، ومات المنكر؛ نُظِرَ:

فإن خلَّف[٢] ابنًا وهو مقر، ففيه وجهان:

أحدهما: يثبت الميراث؛ لأن الاستغراق[٣] لهم وقد توافقوا.

والثاني: [لا][٤]؛ لأنَّه فرع، فليس له تكذيب أصله، وهو يلتفت على أن الوارث هل يلحق من نفاه المورث باللعان؟[٥]

وإن لم يخلِّف[٦] إلَّا الأخ المقر؛ فوجهان مرتبان، وأولى بالثبوت[٧].

ولو أنَّه مات قبل التكذيب، فلا خلاف في أن الميراث يثبت[٨] بتوافق الباقين؛ لأن التكذيب لم يصدر منه بعد.

---

(١) الزيادة من (د).
(٢) ورد في (أ): «حلف» بالحاء المهملة، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٣) ورد في (د): «الاستقرار».
(٤) الزيادة من (ط، ي).
(٥) انظر: «المهذَّب» للشيرازي (١/ ٤٤٤)، «روضة الطالبين» (٥/ ٣٣٧).
(٦) ورد في (أ): «تحلفا»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٧) قال الرافعي: ولو لم يخلف إلَّا أخاه المقر فأظهر الوجهين أنَّه يثبت النسب؛ لأن جميع الميراث قد صار له، وثانيهما المنع؛ لأن إقرار الفرع مسبوق بإنكار الأصل. «فتح العزيز» (١١/ ٢٠٠).
(٨) ورد في (أ): «ثبت موافق»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

* **الثالث**: خلف[١] ابنين صغيرًا وكبيرًا، فأقر الكبير بأخ ثالث؛ **فوجهان**[٢]:

أحدهما: أنه[٣] لا يثبت، لا[٤] نسب ولا ميراث؛ إذ الحق لهما.

والثاني: نعم، يثبت ويستدام[٥]، بشرط أن لا ينكر الصبي إذا بلغ[٦].

* **الرابع**: خلَّف[٧] ابنًا واحدًا، فقال لمجهول[٨]: أنت ابن أبي، فقال: وأنت لست ابنًا له، وأنا ابن له، **فوجهان**[٩]:

أحدهما: أن المقرَّ يحجب؛ لأن المجهول وارث بقوله، وهو منكر[١٠] قوله.

والثاني: أنهما يشتركان؛ فلا يبالى[١١] بتكذيبه.

---

(١) ورد في (أ): «حلف»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٢) ورد في (ي، د): «وجهان» من غير فاء.

(٣) لم يرد في (د).

(٤) لم يرد في (د).

(٥) ورد في (أ): «ثبت ومستدام»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٦) ولعل الوجه الصحيح هو أنَّه ينتظر بلوغ الصغير كما أشار إليه النووي، وأمَّا الرافعي فلم يرجّح أحد الوجهين.
انظر لمزيد من التفصيل: «روضة الطالبين» (٤/ ٤٢١)، «فتح العزيز» (١١/ ١٩٩).

(٧) في (أ): «حلف»، وفي (د): «إذا خلف»، والمثبت من (د، ط، ي).

(٨) في (أ): «المجهول»، ولم ترد في (د)، والمثبت هو من (ط، ي).

(٩) ورد في (د، ط، ي): «فثلاثة أوجه».

(١٠) في (أ): «ينكر»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(١١) في (أ): «فلا مالى».
والصحيح هو المثبت من (ط، ق)، وفي (د، ي): «ولا يبالى».

وفيه وجه[١] **ثالث**: أن المكذب لا يستحق شيئًا؛ لأنَّه أخرجه عن أهلية الإقرار بتكذيبه.

* **الخامس**: أقر [الابن المستغرق][٢] لاثنين[٣] بالأخوّة، فتكاذبا بينهما؛ **فوجهان**:

أحدهما: أنهم يشتركون[٤]، ولا يؤثر تكاذبهما؛ نظرًا إلى قول الأصل[٥].

والثاني: أنهما لا يرثان، إذ[٦] لم يوافق[٧] على إرث كل واحد منهما[٨] الجميع.

* **السادس**: إذا أقر الأخ بابن لأخيه؛ قال الأصحاب: يثبت[٩] النسب [دون الميراث؛ إذ لو ثبت الميراث لحرم الأخ، وخرج عن أهلية الإقرار، وصار دورًا.

ومنهم من قال: يثبت النسب][١٠] والميراث جميعًا[١١].

---

(١) ورد في (ق، د، ط، ي): «والثالث»، بدل: «وفيه وجه ثالث».
(٢) هذه الزيادة لم ترد في أي نسخة، ولعلها شرح وتوضيح، فأدرجت بالخطأ في النصّ.
(٣) في (أ): «لابنين»، والصحيح هو المثبت من (ط، ي).
(٤) وهذا هو الأصحّ في المذهب.
قال الرافعي: فأصحهما ثبوت النسب؛ لوجود الإقرار ممن يجوز التركة. «فتح العزيز» (١١/ ٢٠٠).
(٥) في (أ): «للأصل»، والأولى هو المثبت من (ط، ي).
(٦) ورد في (أ): «إذا»، والصحيح هو المثبت من (ط، ي، ق، د).
(٧) ورد في (ق، د، ط، ي): «يتوافق»، والمعنى واحد.
(٨) لم يرد في (ق).
(٩) في (أ): «ثبت»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(١٠) ما بين المعكوفتين سقط من (أ)، والزيادة من (ق، د، ط، ي).
(١١) والقول الأول هو الأظهر في المذهب، قال الرافعي: القول الثاني أنَّه يرث =

ومنهم من قال: لا يثبت النسب أيضًا مع الميراث.

* **السابع**: إذا أقر أحد الابنين بألف، وأنكر الآخر، والتركة ألفان، فيؤخذ من نصيب المقر خمسمائة أو ألف؟ **فيه قولان**(١):

أحدهما: ألف، مؤاخذة له بموجب قوله في أنَّه لا ينفك جزء من التركة بما بقي(٢) من الدَّين شيء.

والثاني: يكتفى بحصته.

والتوجيه مذكور في الخلاف، [والله أعلم](٣).

❑❑❑

= ويحجب المقر. وهو اختيار صاحب «التقريب»، وابن الصباغ، وجماعة. «فتح العزيز» (١١/ ٢٠٥).

(١) ورد في (أ): «وجهان»، والمثبت هو الصحيح من (د، ط، ي).

(٢) ورد في (أ): «بما هي»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٣) الزيادة من (ط).



[٢٩]

كتابُ العارية(١)

والنظر في: أركانها، وأحكامها، وفصل الخصومة فيها.

أمّا الأركان

فأربعة:

*** الأول: المعير:**

ولا يعتبر فيه إلَّا كونه مالكًا للمنفعة، غير محجور عليه في التبرع؛ فإنَّ العارية تبرُّع بالمنافع، فيصح من المستأجر، وللمستعير أن يستوفي

(١) قال النووي: العاريّة مشددة على المشهور. وحكى الخطّابي في «غريب الحديث» وغيره من العلماء تخفيفها. وجمعها: العواري مشدّدة وتخفف. قال الأزهري: مشتق من عار الرجل إذا جاء وذهب، ومنه قيل للغلام الخفيف: عيَّار... يقال: أعرته المتاع إعارة وعارة، فالإعارة مصدر، والعارة الاسم. قال الجوهري: كأنها منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار وعيب. وقيل: مشتقة من التعاور، من قول العرب: اعتور الشيء أغنياؤهم وتعوَّروه، أي: تداولوه. «تحرير ألفاظ التنبيه» باختصار (ص٢٠٨ ـ ٢٠٩)، «لسان العرب» (٤/٦١٨)، «مختار الصحاح» (ص١٩٣)، «القاموس المحيط» (٢/٩٧).

والعارية في الاصطلاح: فقد عرّفها النووي بقوله: «إباحة الانتفاع بما يحل =

المنافع بوكيله[1] لنفسه. وهل له أن يعير؟ فيه وجهان، **أظهرهما**: المنع؛ لأن الإذن مخصوص به، [فهو][2] كالضَّيف[3] [4].

= الانتفاع به مع بقاء عينه»، وعرّفها القونوي: «إعارة الأعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها»، وعرّفها الجرجاني بقوله: «تمليك منفعة بلا بدل»، وعرّفها البعلي بقوله: «إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال». انظر: «تحرير ألفاظ التنبيه» (ص٢٠٩)، «أنيس الفقهاء» (ص٢٥١)، «التعريفات» (ص١٨٨)، «المطلع» (ص٢٧٢)، «طلبة الطلبة» (ص١٧٧)، «الحدود والأحكام الفقهية» للبسطامي (ص٩٢).

والأصل في العارية قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [سورة المائدة، آية: ٢]، وقد فسَّر جمهور المفسّرين قوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ [سورة الماعون، آية: ٧] بما يستعيره الجيران بعضهم من بعض كالدلو والفأس والإبرة. «تفسير القرطبي» (٢٠/ ٢١٤). وفي «الصحيحين» وغيرهما: أن النبي ﷺ استعار فرسًا من أبي طلحة يقال له: المندوب. «صحيح البخاري» كتاب الهبة (٢٦٢٧)، كتاب الجهاد والسير (٢٨٥٧)، «صحيح مسلم» كتاب الفضائل (٢٣٠٧).

وقد أجمع المسلمون على جوازها واستحبابها، والحاجة داعية إليها.

وقال النبي ﷺ: «**العارية مؤدّاة**...» الحديث، رواه الترمذي في «سننه» كتاب البيوع (١٢٦٥)، وابن ماجه في «سننه» كتاب الأحكام (٢٣٩٨).

وانظر: لمعرفة إجماع العلماء في الموضوع: «الإشراف» (٢/ ١٤٥)، «الإقناع في مسائل الإجماع» (٣/ ١٥٨٤).

(١) ورد في (أ): «توكيله»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٢) الزيادة من (ط، ي).

(٣) والضيف الذي أبيح له الطعام، ليس له أن يبيح لغيره. «فتح العزيز» (١١/ ٢١١).

(٤) والقول الثاني: نعم يجوز له أن يعير كالمستأجر، فإنَّ للمستأجر أن يؤجر، فكذلك المستعير له أن يعير، ويحكى هذا عن أبي حنيفة (رحمه الله). انظر: «المبسوط» للسرخسي (١١/ ١٣٣، ١٤٠)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٧٧).

*** الثاني: المستعير:**

ولا يعتبر فيه إلَّا أن يكون أهلًا للتبرع عليه[(١)].

*** الثالث: المُعار:**

ويعتبر فيه شرطان:

* **أحدهما**: أن يكون منتفعًا مع بقائه، فلا[(٢)] معنى لإعارة الأطعمة. وفي إعارة الدراهم والدنانير وإجارتهما لمنفعة[(٣)] التزيين[(٤)] **ثلاثة أوجه**:

أحدها: نعم؛ لأن غرض[(٥)] التزيين من المقاصد.

والثاني: لا[(٦)]؛ لأنَّه غرض[(٧)] بعيد.

والثالث: يصح الإعارة؛ فإنه[(٨)] مبرَّة. ولا تصح الإجارة[(٩)]؛ لأنه[(١٠)] معاوضة. فيستدعي منفعة متقوَّمة.

---

(١) قال الرافعي: وكأنَّه أراد التبرع بعقد يشتمل على الإيجاب والقبول إمَّا بقول أو فعل، وإلَّا فالصبي والبهيمة لهما أهلية التبرع والإحسان إليهما، ولكن ليس لهما أهلية التبرع للغير ولا الإعارة. «فتح العزيز» (١١/ ٢١١)، «روضة الطالبين» (٤/ ٤٢٦).

(٢) ورد في (أ): «ولا معنى»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(٣) ورد في (د): «لغرض».

(٤) ورد في (أ): «الترس»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٥) ورد في (أ): «عرض الترس»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٦) وهذا هو الأصح؛ لأن هذه منفعة ضعيفة قلما تقصد، ومعظم منفعتها في الإخراج، قال الإمام: وما ذكرناه في الدراهم يجري في استعارة الحنطة والشعير وما في معناهما. «فتح العزيز» (١١/ ٢١٢).

(٧) ورد في (أ): «عرض»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

(٨) في (أ): «لأنه»، والمثبت من (ق، د، ط، ي).

(٩) في (أ): «لا يصح للإجارة»، والصحيح ما أثبتناه من (ط).

(١٠) ورد في (ق): «فإنها».

فإن[١] أبطلناها ففي طريقة العراق: أنها مضمونة؛ لأنها إعارة فاسدة[٢]، وفي طريقة المراوزة: أنها غير مضمونة؛ لأنها غير قابلة[٣] للإعارة، فهي باطلة.

* **الشرط الثاني**: أن يكون الانتفاع مستباحًا، فلا تجوز استعارة[٤] الجواري للاستمتاع، ولا للاستخدام[٥]، إذا كان المستعير غير مَحْرم، وكانت الجارية[٦] في محلّ الشهوة. فإن[٧] جرى؛ فهو صحيح ولكنه محظور.

وكذا يكره استعارة أحد الأبوين للخدمة، وكذا إعارة العبد المسلم من الكافر، وتحرم إعارة الصيد من المُحْرِم[٨].

* الرابع: صيغة الإعارة:

ولا بدّ فيه من الإيجاب، وهو قوله: أعرت، أو خذ[٩]، أو ما يفيد معناه[١٠]، ويكفي القبول بالفعل، ولا يشترط اللفظ كاستباحة الضيفان.

---

(١) ورد في (أ): «وإن»، والمثبت هو الأولى من (ق، د، ط، ي).

(٢) وللفاسدة حكم الصحيحة في الضمان. «فتح العزيز» (١١/ ٢١٢).

(٣) في (أ): «قابل»، والصحيح هو المثبت من (د، ط، ي).

(٤) في (ق، د): «إعارة».

(٥) في (أ): «الاستخدام»، والأولى هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

(٦) في (أ): «الحاوية»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

(٧) في (أ): «وإن جرى»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

(٨) فلو فعل وتلف في يد المحرم ضمن الجزاء لله تعالى، والقيمة للحلال. «فتح العزيز» (١١/ ٢١٣).

(٩) ورد في (أ): «أوخداو»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(١٠) وهو كل لفظ يدل على الإذن في الانتفاع كما نصّ عليه المؤلف في «الوجيز». «فتح العزيز» (١١/ ٢١٤). وقد ذكر الرافعي عن أبي سعيد المتولّي أن اللفظ لا يعتبر =

فلو قال: أعرتك حماري لتعيرني[١] فرسك؛ فهو إجارة فاسدة غير مضمونة. ولو قال: اغسل هذا الثوب؛ فهو استعارة لبدنه لأجل العمل. فإن كان الغاسل ممن يعمل بالأجرة؛ فالظاهر أنَّه يستحق الأجرة، كما يستحق الحمّامي والحلاق. والتعويل فيه على القرائن، ولهذا ذكر القاضي في المعاطاة في البيع وجهين لأجل القرائن[٢].

أمّا أحكامها

فثلاثة[٣]:

* الأول: الضمان:

قال رسول الله ﷺ[٤]: «**العارية مضمونة مؤداة**»[٥]. وقال أبو حنيفة:

= في أحد من الطرفين، حتّى لو رآه عاريًا، فأعطاه قميصًا فلبسه؛ تمّت العارية. وكذلك لو فرش لضيفه فراشًا أو بساطًا أو مصلّى، أو ألقى إليه وسادة فجلس عليها؛ كان ذلك إعارة.

(١) ورد في (أ): «لتعرى»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

(٢) انظر لمزيد من التفصيل: «المجموع شرح المهذّب» للنووي (٩/ ١٥٣)، فقد أجاد وأفاد بكل ما يتعلق بالمعاطاة في البيع.

(٣) في (أ): «مثلثة»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٤) ورد في (ق، د): «عليه السَّلام»، وفي (ط): «رسول الله صلى الله عليه».

(٥) لم أجده بهذا اللفظ، وإنّما روي بلفظ: «**العارية مؤداة**»، رواه ابن حبان في «صحيحه» (١١/ ٤٩١: ٥٠٩٤)، وابن الجارود في «المنتقى» (١/ ٢٥٥: ١٠٢٣)، والمقدسي في «الأحاديث المختارة» (٦/ ١٥٠: ٢١٤٥)، والترمذي في «سننه» كتاب البيوع (١٢٦٥)، وكتاب الوصايا (٢١٢٠)، وابن ماجه في «سننه» كتاب الأحكام (٢٣٩٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦/ ٨٨: ١١٢٥٤)، وأبو داود في «سننه» كتاب البيوع (٣٥٦٥)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٣/ ٤١٠: ٥٧٨١). أمّا لفظ الحديث «مضمونة» فقد ورد في حديث صفوان بن أمية عن أبيه أن النبي ﷺ استعار منه أدرعًا يوم حنين؛ فقال: أغصب يا محمد؟ قال: =

إنها غير مضمونة[(١)]. ولا خلاف أنها مضمونة الرد على المستعير.

ثُمَّ في كيفية الضمان ثلاثة أقوال:

أحدها: [أنه][(٢)] يضمن بأقصى قيمته[(٣)] من يوم القبض إلى يوم التلف كضمان المغصوب.

= «**لا، بل عارية مضمونة**»، رواه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٥٤: ٢٣٠٠)، و(٣/ ٥١: ٤٣٦٩)، وصحّحه، والمقدسي في «الأحاديث المختارة» (٨/ ٢٣)، وأبو داود في «سننه» كتاب البيوع (٣٥٦٢)، وأحمد في «مسنده» (٣/ ٤٠٠: ١٥٣٣٧).

وقد فصّل القول في الموضوع الحافظ ابن حجر (رحمه الله) في «التلخيص» مع ذكر طرق الحديث وشواهده ومتابعاته (٣/ ٥٢)، وقبله الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٧٧، و٤/ ١١٦).

(١) قال المرغيناني: «والعارية أمانة، إن هلكت من غير تعدّ لم يضمن». «بداية المبتدي» (ص١٨٣)، ونحوه في «الهداية» (٣/ ٢٢٠)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٧٧)، وقد استدل الأحناف بدلائل نقلية وعقلية استوعبها الكاساني في «بدائع الصنائع» (٦/ ٢١٧).

وقد روي عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) قال: «العارية بمنزلة الوديعة ولا ضمان فيها إلَّا أن يتعدى»، رواه عبد الرزاق في «المصنف» (٨/ ١٧٩: ١٤٧٨٥).

وقد روى عبد الرزاق آثارًا عن علي (رضي الله عنه) تفيد عدم وجوب الضمان على المستعير. وممن كان لا يرى العارية مضمونة: الحسن، والنخعي، وعمر بن عبد العزيز، وبه قال الثوري، وإسحاق، والنعمان، وقال الترمذي: وقال بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم: ليس على صاحب العارية ضمان إلَّا أن يخالف، وهو قول الثوري، وأهل الكوفة، وبه يقول إسحاق. «الجوهر النقي» (٦/ ٨٨ ـ ٨٩)، «كنز العمال» (١٠/ ٣٦٢). ولعل الراجح والله أعلم هو القول بعدم إيجاب الضمان مطلقًا، وإيجابه بشرط التعدّي، فهو القول الوسط.

(٢) الزيادة من (ق، د، ط، ي).

(٣) ورد في (أ): «قيمة»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

وعلى هذا يحدث، وكذا[١] المستعار في يده مضمونًا.

والثاني: أنَّه تعتبر[٢] قيمته يوم القبض.

والثالث:[٣] وهو الأصحّ، أنَّه يعتبر يوم التلف؛ إذ في اعتبار يوم القبض ما يوجب ضمان الأجزاء[٤] المستحقة بالاستعمال، وضمانها غير واجب[٥]؛ لأنَّها تلفت بالإذن[٦]، وفيه وجه بعيد.

والمستعير من المستأجر هل يضمن؟ في وجهان:

أحدهما: لا[٧]؛ لابتناء يده على يد غير مضمونة.

والثاني: نعم؛ نظرًا إليه في نفسه.

والمستعير من الغاصب يستقر عليه الضمان إذا تلف[٨] العين في يده، ولو طولب بالأجرة ولم يكن استوفى المنفعة بل تلف[٩] تحت يده يرجع به على المعير؛ لأن يده في المنفعة ليس يد ضمان.

---

(١) ورد في (ق، د): «ولد».

(٢) ورد في (ط): «يعتبر».

(٣) قوله: «والثالث وهو» لم يرد في (ق).

(٤) ورد في (أ): «الآخر»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٥) هذا على القول الصحيح من المذهب، وفيه وجه أنَّه يجب. «فتح العزيز» (١١/ ٢١٨).

(٦) ورد في (أ): «بالأول»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٧) وهذا هو أصحّ الوجهين كما نصّ عليه الرافعي وقال: لأن المستأجر لا يضمن وهو نائب المستأجر، ألا ترى أنَّه إذا انقضت مدة الإجارة ارتفعت الإعارة، وأنَّه استقرت الأجرة على المستأجر بانتفاع المستعير، ومؤنة الرد في هذه الاستعارة على المستعير إن ردّ على المستأجر، وعلى المالك إن رد عليه، كما لو ردّ عليه المستأجر. «فتح العزيز» (١١/ ٢٢٠)، «روضة الطالبين» (٤/ ٤٣٢).

(٨) ورد في (د): «تلفت».

(٩) ورد في (د، ط): «تلفت».

وإن[١] كان استوفاها[٢] ففي الرجوع قولان:

أحدهما: نعم؛ للغرور، فإنَّه لم يرض بضمان المنافع.

والثاني: لا[٣]؛ تغليبًا[٤] للإتلاف على الغرور.

وحدّ المستعير: كل طالب أخذ المال لغرض[٥] نفسه من غير استحقاق، فعلى هذا: لو جمحت دابته فأركبها[٦] رايضًا ليروِّضها له، أو[٧] أرسل وكيلًا في شغل له وأركبه دابته، فتلفت؛ لا ضمان؛ لأنَّه ليس آخذًا لغرض نفسه[٨].

ولو وجد من أعيا[٩] في الطريق، فأركبه بطريق القربة، ففيه نظر من حيث إن الراكب منتفع، ولكن الأظهر[١٠] أنَّه لا ضمان[١١]؛ لأن[١٢]

---

(١) في (د): «ولو».

(٢) ورد في (أ): «استوفاه»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(٣) وهذا هو الأظهر. «فتح العزيز» (١١/ ٢٢٠).

(٤) لم يرد في (د).

(٥) في (أ): «أحد المال العرض»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٦) في (أ): «فاركبها وأيضًا»، وفي (ق): «فاركضها رابضًا»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٧) في (أ): «وأرسل»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٨) ورد في (ط، د): «لم يأخذ لغرض»، وفي (ق): «الغرض»، وفي (أ): «ليس آخذ العرض»، والصحيح ما أثبتناه من (ي).

(٩) في (أ): «أعمى»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(١٠) في (أ): «للأظهر»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

(١١) هذا الذي جعله الغزالي الأظهر في المذهب لم يقبل به الإمام النووي، حيث قال في «الروضة» (٤/ ٤٣٣): «وجعل الغزالي هذا وجهًا، وزعم أنَّه الأصح، والمعروف الأول، وهو الصواب».

(١٢) في (ق، د، ط، ي): «فإن».

المالك هو الطالب[١] لركوبه ليتقرب به إلى الله تعالى[٢].

ولو أركب المالك مع نفسه رديفًا، فتلفت الدابة تحتهما؟ قال الأصحاب: على الرديف نصف الضمان. والأولى أن لا يجب؛ لأن الدابة في يد المالك ما دام هو[٣] راكبًا، والرديف ضيف كالضيف الداخل في الدار.

ولو أودعه ثوبًا[٤] وقال: إن شئت فالبسه عند الحاجة؛ فهو قبل اللبس وديعة، وبعده عارية مضمونة[٥].

* الحكم الثاني: التسلُّط على الانتفاع:

وهو بقدر التسليط؛ لأنَّه منتفع بالإذن[٦]، فإن تعينت جهة المنفعة، فلا كلام. وإن تعددت كما إذا أعار أرضًا: فإنْ عيَّن زراعة الحنطة مثلًا؛ فله أن يزرع ما ضرره مثل الحنطة و[٧]دونه، ولا يزرع ما ضرره فوقه[٨]. وإن أطلق؛ فالظاهر فساده، إذ يتردد[٩] بين الغراس والبناء والزراعة

---

(١) في (ط، د): «المطالب».

(٢) يراجع: «فتح العزيز» (١١/ ٢١٣ وما بعدها).

(٣) لم يرد في (د).

(٤) ورد في (أ): «ثوبان»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٥) قال الرافعي: وعن صاحب «التقريب» تخريج وجه آخر من السوم، لأنَّه مقبوض على توقع عقد ضمان، قال: ولو قيل: لا ضمان في السوم أيضًا تخريجًا ممَّا نحن فيه؛ لم يبعد. «فتح العزيز» (١١/ ٢٢٢). وانظر كذلك: «روضة الطالبين» (٤/ ٤٣٥) فقد قال النووي: فهو بعد اللبس وقبله وديعة على الصحيح.

(٦) ورد في (أ): «بإذن»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٧) ورد في (د): «أو».

(٨) كالذرة والقطن، فإن نهاه عن زراعة غيرها؛ لم يكن له زراعة غيرها. وحيث زرع ما ليس له أن يزرعه؛ فلصاحب الأرض قلعه مجانًا. «فتح العزيز» (١١/ ٢٢٣).

(٩) ورد في (أ): «تردد»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

فهو غرر ظاهر، وفيه وجه أنَّه يصحّ[١] ويتسلّط على الكل[٢].

ولو قال: انتفع كيف شئت؛ فوجهان[٣] من حيث إنَّه فوَّض إلى مشيئته. ولو عيّن الزراعة؛ فالظاهر: الجواز وإن لم يعين المزروع؛ لأن الأمر فيه قريب. ولو عيّن الغراس؛ [قيل له أن يبني. وكذا بالعكس؛ لتساويهما، وقيل: لا؛ لأن ضرر الغراس في باطن الأرض، وضرر البناء في الظاهر، فهما مختلفان في الجنس][٤].

*** الحكم الثالث: الجواز[٥]:**

وللمعير[٦] الرجوع مهما شاء[٧]، إلَّا إذ أعار لدفن ميت، فيمتنع نبش القبر، سواء كان الميت جديدًا أو عتيقًا، إلى أن يندرس أثر المدفون،

---

(١) لم يرد في (ق).

(٢) ذكر النووي والرافعي أنَّه إذا أطلق ذكر الزراعة ولم يبين المزروع صحَّت الإعارة على الأصحّ ويزرع ما شاء لإطلاق اللفظ. «روضة الطالبين» (٤/ ٤٣٥)، «فتح العزيز» (١١/ ٢٢٣).

(٣) على الوجه الأول؛ للمستعير أن ينتفع به كيف شاء لإطلاق الإذن، وقال القاضي الروياني: ينتفع به على العادة فيه؛ وهذا أحسن. «فتح العزيز» (١١/ ٢٢٤).

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ق، د، ط، ي): إلَّا أنَّه ورد في (د): «فله»، بدل «قيل له».

(٥) في (أ): «الجوار»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٦) في (أ): «والمعير»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

(٧) الأصل في العارية الجواز حتَّى يجوز للمعير الرجوع متى شاء، وللمستعير الرد متى شاء؛ لأنَّه مبرَّة وتبرع فلا يليق بها الالتزام فيما يتعلق بالمستقبل، ولا فرق بين العارية المطلقة والمؤقتة. وعن مالك أنَّه لا يجوز الرجوع في المؤقتة، والمذهب عند الأحناف هو مثل الشوافع، قال الكاساني: «فكان للمعير أن يرجع في العارية سواء أطلق العارية أو وقَّت لها وقتًا». «بدائع الصنائع» (٦/ ٢١٦)، «فتح العزيز» (١١/ ٢٢٥).

فعند ذلك يفعل ما يريد، وقبل الاندراس لو كان له فيه أشجار، فله السقي بشرط أن لا يظهر الميت.

وكذلك لو أعار جدارًا ليضع الجار عليه جذعه[١]؛ فلا[٢] يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئًا؛ إذ لا أجرة له حتَّى يطالب به. وفي هدمه بأرش النقض تصرّف[٣] في خاص ملك الجار في الجانب الثاني من الجذع.

فأمَّا إذا أعار أرضًا للبناء والغراس مطلقًا، فله الرجوع، وليس له نقض ملك المستعير مجانًا؛ لأنَّه محترم وضعه من غير عدوان. ولكن يتخيّر المالك[٤] بين ثلاث خصال: بين أن يبقى بأجرة، أو يتملك البناء بقيمته[٥]، أو ينقض ويبذل أرشه[٦].

والخيرة في التعيين للمالك[٧] ترجيحًا لجانبه، فإنَّه معير، ولا حقَّ للمستعير إلَّا أن لا يضيع ماليته[٨].

---

(١) ورد في (أ): «جدعه»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٢) في (أ): «تستفيد»، والصحيح هو المثبت من (ط، ي).
(٣) ورد في (أ): «يصرف»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).
(٤) ورد في (أ): «من»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).
(٥) ورد في (ق): «بقيمة»، وفي (د): «بالقيمة».
(٦) قال الرافعي: فإن اختار القلع وبذل أرش النقض فله ذلك والمستعير يجبر عليه، وإن اختار أحد الخصلتين الأخريين أجبر المستعير عليه أيضًا فيما رواه جماعة، منهم: الإمام، وأبو الحسين العبادي، وصاحب الكتاب. وفي «التهذيب»: أنَّه لا بدّ فيها من رضا المستعير؛ لأن إحداهما بيع والأخرى إجارة. (١١/ ٢٢٧).
(٧) ورد في (أ): «المالك»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٨) في (أ): «ماليه»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

ثُمَّ إذا رجع [والبناء بعد لم يرفع، جاز للمالك الدخول، ولا يتصرف في البناء، ولا يجوز للمستعير الدخول تنزهًا.

وهل يجوز لمرمّة الجدران؟][(١)] **فيه خلاف**[(٢)]. **ووجه الجواز**: أنَّ حقه مصون[(٣)] عن التلف، وفي المنع من العمارة تضييع.

ويجوز للمعير بيع الأرض وعليها بناء المستعير قبل التملك.

وهل يجوز للمستعير بيع البناء؟ **فيه وجهان**[(٤)].

وجه المنع: أنَّه معرّض للهدم[(٥)] إن أراد المعير. هذا إذا كانت الإعارة مطلقة أو مقيدة بالتأبيد.

فإن قال: أعرت سنة، فإذا مضت قلعت البناء مجانًا؛ فله ذلك؛ اتباعًا للشرط. ولو اقتصر على قوله: أعرت سنة؛ لم يجز له النقض بعده مجانًا، وكان يحتمل أن يحمل على طلب الأجرة بعده كما يحتمل الهدم، والأصل حرمة ملكه، وقال أبو حنيفة: فائدة التأقيت[(٦)] جواز القلع مجانًا.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ق، د، ط، ي).

(٢) وأصحّ الوجهين أنَّه يجوز للمستعير الدخول لسقي الأشجار وإصلاح الجدار، صيانة لملكه عن الضياع. انظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٤٣٨)، «فتح العزيز» (١١/ ٢٢٩).

(٣) ورد في (أ): «مضمون»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٤) أصح الوجهين أنَّه يجوز؛ لأنَّه مملوك في الحال، ولا اعتبر بمكنة تمليك الغير؛ كتمكن الشفيع من تملك الشقص، وعلى هذا فينزل المشتري منزلة المستعير، وللمعير الخيرة على ما ذكرنا، وللمشتري فسخ البيع إن كان جاهلًا بالحال. «فتح العزيز» (١١/ ٢٢٩)، «الروضة» (٤/ ٤٣٩).

(٥) ورد في (أ): «معرض الهدم»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٦) ورد في (أ): «التاقيب»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

أمَّا إذا أعار للزراعة ورجع[١] قبل الإدراك[٢]، فالمذهب[٣] أنَّه يجب إبقاؤه إلى الإدراك، ولكن له أخذ[٤] الأجرة؛ لأن هذا أقرب الطرق، بخلاف الغراس في الإعارة المؤقتة، فإنَّه وإن صبر بقية المدة افتقر إلى القلع [بعدها][٥].

وفيه وجه للعراقيين: أنَّه لا يستحق الأجرة إلى الإدراك[٦].

ووجه لصاحب «التقريب»: أنَّه يقلع الزرع كالغراس، أو[٧] لا يقلع الغراس كالزرع، وهو[٨] من تخريجه وتصرّفه.

*** فرعان:**

● **أحدهما**: لو بادر المستعير وقلع[٩] الغراس، هل يلزمه تسوية الحفر؟ فيه وجهان:

---

(١) ورد في (د): «فرجع».

(٢) ورد في (د): «الإذن».

(٣) قال الرافعي: واختلف الأصحاب هاهنا... وظاهر المذهب أنَّه ليس كالبناء في هاتين الخصلتين؛ لأن للزرع أمدًا ينتظر والغراس للتأبيد، فعلى المعير إبقاؤه للمستعير إلى أوان الحصاد. «فتح العزيز» (١١/ ٢٣١).

(٤) ورد في (أ): «أخذه»، والصحيح من غير هاء، كما هو المثبت من (د، ط، ي).

(٥) الزيادة من (د).

(٦) ويحكى عن المزني واختاره القاضي الروياني أنَّه يبقيه بالأجرة؛ لأنَّه إنَّما أباح المنفعة إلى وقت الرجوع، فصار كما إذا أعاره دابة إلى بلد ثُمَّ رجع في الطريق عليه نقل متاعه إلى مأمن بأجرة المثل. «فتح العزيز» (١١/ ٢٣١).

(٧) ورد في (أ): «ولا يقلع»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

(٨) ورد في (د): «نحو».

(٩) ورد في (ق): «وقابل».

[أحدهما](١): نعم؛ ليردّ ما أخذه(٢) كما أخذ(٣) (٤).

والثاني: لا(٥)؛ فإنَّ المأذون في الغرس(٦) مأذون في القلع، وقد حصل من المأذون فيه، فصار كما لو تلفت(٧) الدابة المستعارة أو عابت بالركوب.

• **الثاني**: إذا حمل السيل نواةً لإنسانٍ إلى ملك غيره، فأنبتت شجرة، فهل لمالك الأرض قلعها مجانًا(٨)؟ فيه وجهان(٩)؛ لتعارض الحرمة في(١٠) الجانبين.

والأَوْلى: ترجيح(١١) مالك الأرض وتسليطه على القلع.

---

(١) الزيادة من (ق، د، ط، ي).

(٢) ورد في (د، ط، ي): «أخذ».

(٣) ورد في (د) «لزمه».

(٤) وقد رجّح النووي هذا الوجه وقال: يلزمه تسوية الحفر على الأصح، والذين صحّحوا هذا القول منهم القاضي أبو الطيب في «المجرد» وصاحب «الانتصار»، وغيرهما، وبه قطع المحاملي في «المقنع»، والروياني في «الحلية» وهو الأصحّ. «الروضة» (٤/ ٤٣٨).
وقال الرافعي: أظهر القولين أنَّه عليه التسوية، ولو امتنع عنه لم يجبر عليه، ويلزمه رد الأرض إلى ما كانت عليه. «فتح العزيز» (١١/ ٢٢٧).

(٥) ورد في (أ): «لأن»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٦) ورد في (ق، د): «الغراس».

(٧) ورد في (ق): «كما انسحق حافر الدابة».

(٨) ورد في (أ): «تجانا»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٩) **أحدهما**: «أن مالكها لا يجبر على قلعها؛ لأنَّه لم يوجد منه تعدٍّ... **وأصحهما**: الإجبار؛ لأن المالك لم يأذن فيه، كما لو انتشرت أغصان شجرة المعير إلى هواء داره، له قطعها...». «فتح العزيز» (١١/ ٢٣١ ـ ٢٣٢)، «الروضة» (٤/ ٤٤١).

(١٠) ورد في (أ): «الحرة»، والصحيح ما هو المثبت من (ق، د، ط، ي)، وفي (د): «الحرمة من».

(١١) ورد في (أ): «ترجيح جانب ملك للأرض»، والأولى هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

أمّا فصل الخصومة

فلها ثلاث صور:

*** الأولى:**

إذا قال راكب الدابة لمالكها: أعرتَنيها؛ فقال المالك: بل أَجَّرتكها؛ قال الشافعي (رحمه الله): القول قول الراكب[(١)].

ولو قال ذلك زارعُ الأرض[(٢)] لمالكها؟

قال: القول قول المالك. نصّ عليه في المزارعة[(٣)].

فاختلف الأصحاب على طريقين:

أحدهما: قولان[(٤)]؛ لتقابل الأصلين؛ إذ يمكن أن يقال: الأصل[(٥)] وجوب الضمان في المنفعة وعدم ما يسقطها[(٦)]، أو الأصل [عند][(٧)] جريان الإذن عدم[(٨)] الضمان.

ومنهم من قرّر[(٩)] النصّين، وفرّق بأن العارية في الدواب ليس ببعيد، وفي الأرض بعيد.

وهذا الترجيح في مظنة تعارض الأصلين لا بأس به.

---

(١) انظر: نصّ الشافعي (رحمه الله) في كتاب «الأم» (٣/ ٢٤٥)، (٦/ ٢١٨).

(٢) في (أ): «للأرض»، والأولى هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

(٣) انظر: كتاب «الأم» (٤/ ٢٢)، وورد في (ق): «ونصّ عليه في الزراعة».

(٤) وهو الأصح عند الجمهور وبه قال الربيع، والمزني، وابن سريج، وأصح القولين هو تصديق المالك. «فتح العزيز» (١١/ ٢٣٣).

(٥) في (أ): «للأصل»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

(٦) في (أ): «تسقطها»، والمثبت هو الصحيح من (ق، د، ط، ي).

(٧) الزيادة من (ط، ي).

(٨) ورد في (د): «وعدم».

(٩) ورد في (أ): «أمر»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

التفريع(١):

إن قلنا: القول قول المالك؛ فيحلف على نفي الإعارة(٢)، ولا يتعرض لإثبات الإجارة والمسمّى؛ فإنَّه مدّع فيها. ثُمَّ إذا حلف: أخذ أقلّ الأمرين من المسمّى أو أجرة المثل(٣).

وقال القاضي والعراقيون: إنَّه يتعرض للإجارة، فيحلف أنَّه ما أعار ولكنّه أجّر(٤)؛ لينتظم الكلام، لا ليثبت الإجارة.

وذكر العراقيون قولًا آخر(٥): أن(٦) فائدته إثبات المسمّى إظهارًا(٧) لفائدته، وهو بعيد.

أمَّا إذا نكل المالك، قال العراقيون: لا يُردّ على الراكب؛ لأنَّه لا يدّعي لنفسه حقًّا فيبنى(٨) عليه القضاء بالنكول.

قال القاضي: يردّ، وفائدته دفع الغرم(٩)، وهو أقرب من القضاء بالنكول(١٠).

---

(١) ورد في (أ): «الأول» بدل «التفريع»، والمثبت من (ق، د، ط، ي).
(٢) ورد في (أ): «مختلف على نفي للإعارة»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٣) قال الرافعي: فإذا حلف استحق أقل الأمرين من أجرة المثل أو المسمّى؛ لأنَّه إن كان أجر المثل أقل لم تقم حجة على الزيادة، وإن كان المسمّى أقل فقد أقر أنَّه لا يستحق الزيادة. «فتح العزيز» (١١/ ٢٣٤).
(٤) ورد في (أ): «آجر»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي)، وفي (ق): «اخر».
(٥) لم يرد في (ق).
(٦) ورد في (أ): «أنه»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٧) ورد في (ق): «فيثبت إظهارًا لفائدته».
(٨) ورد في (أ): «يسبى»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٩) ورد في (د): «الغريم».
(١٠) من قوله: «قال القاضي» إلى قوله: «بالنكول» لم يرد في (ق).

فإن قيل: فلو تنازعا قبل مضيّ مدة تتقوَّم[١] المنفعة [فيها][٢].
قلنا: القول قول الراكب في نفي[٣] ما يُدّعى عليه من الإجارة للمستقبل[٤].

*** الثانية[٥]:**

أن يقول المالك: بل غصبتها[٦]. قال المزني: القول قول الراكب؛ إذ الأصل عدم الغصب، إحسانًا للظن بالناس[٧]. ثُمَّ خالفه أكثر الأصحاب وقالوا: الأصل عدم الإذن، وبقاء حق المالك في المنفعة.

وقيل: المذهبان[٨] قولان للشافعي، **والأولى**[٩]: القول المخالف للمزني[١٠].

*** الثالثة:**

أن يقول الراكب: أكريتَنيها[١١]؛ وغرضه[١٢] إسقاط الضمان عند

---

(١) ورد في (أ): «يتقوم»، والأولى ما أثبتناه.
(٢) الزيادة من (ق، د، ط، ي).
(٣) ورد في (ق، د): «ونفي» بدل «في نفي».
(٤) انظر لمزيد من التفصيل: (١١/ ٢٣٤).
(٥) ورد في (د): «الصورة الثانية».
(٦) ورد في (ق): «أن يقول الراكب: أعرتنيها. وقال المالك: بل غصبتنيها».
(٧) ورد في (أ) هكذا مع بياض: «للطر »، والزيادة من (ط، ي): كما أنها سقطت من (ق، د).
(٨) ورد في (د): «المذهب القولان».
(٩) ورد في (أ): «والأول»، والمثبت من (ق، د، ط، ي)، ولعله هو الصحيح.
(١٠) يراجع لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٢٣٦)، «روضة الطالبين» (٤/ ٤٤٤).
(١١) ورد في (أ): «أكرتنيها»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).
(١٢) ورد في (أ): «عرضه»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

التلف واستحقاق الإمساك؛ فقال المالك: أعرتُكها؛ فالقول قول المالك، فإنّه يدّعي عليه إجارة، و[1]الأصل عدمها، ثُمَّ يستفيد بالحلف استحقاق القيمة عند التلف، وجواز الرجوع عند القيام. [والله أعلم][2].

❑ ❑ ❑

(١) ورد في (أ): «الأصل» من غير واو، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).
(٢) الزيادة من (ق).



[٣٠]
كتابُ الغصب(١)

الغصب عدوان(٢).

---

(١) **الغصب لغة**: قال ابن منظور: الغصب أخذ الشيء ظلمًا، غصبَ الشيء يغصِبُه غصبًا واغتصبه فهو غاصب، وغصبه على الشيء: قهره؛ وغصبه منه. والاغتصاب مثله، والشيء غصْب ومغصوب. «لسان العرب» (١/ ٦٤٨). كذا قاله الرازي في «مختار الصحاح» (ص١٩٩)، وابن الأثير في «النهاية في غريب الحديث» (٤/ ٣٧٠)، والنووي في «تهذيب الأسماء واللغات» (٣/ ٢٤١).
أمَّا في الاصطلاح: فقد عرّفه النووي بقوله: «هو الاستيلاء على حقّ الغير عدوانًا». «تحرير ألفاظ التنبيه» (ص٢١٠)، ونحوه في «تهذيب الأسماء واللغات» (٣/ ٢٤١)، وعرّفه القونوي بقوله: «أخذ مال متقوم محرَّم بغير إذن مالكه على وجه يزيل يده إن كان في يده». «أنيس الفقهاء» (ص٢٦٩). ونحوه عند الجرجاني بتغيير يسير ولفظه: «أخذ مال متقوم محترم بلا إذن مالكه بلا خفية». «التعريفات» (ص٢٠٨).

(٢) وقد أجمع المسلمون على تحريم الغصب، ومن فعله مستحلًّا كان كافرًا، ومن فعله غير مستحل كان فاسقًا، كذا ذكره الماوردي في «الحاوي» (٧/ ١٣٥)، وقال ابن قدامة: «أجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة، وإنَّما اختلفوا في فروع منه». «المغني» لابن قدامة (٥/ ٣٧٤). وقال النووي: «وقد تظاهرت نصوص الكتاب والسُّنَّة وإجماع الأمة على تحريم الغصب». «روضة الطالبين» (٥/ ٣). وانظر: «الإشراف» (٣/ ٣٢١)، «الإقناع في مسائل الإجماع» (٣/ ١٥٨٩ ـ ١٥٩٠). =

لقوله ﷺ(١): «من غصب شبرًا من أرض طوَّقه [الله](٢) من سبع أرضين يوم القيامة»(٣).

وهو سبب للضمان لقوله عليه السَّلام: «على اليد ما أخذت حتَّى تردّ»(٤).

والنظر في الكتاب يحصره بابان.

❋ ❋ ❋

= ومن الآيات قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [سورة النساء، آية: ٢٩]، ﴿وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [سورة البقرة، آية: ١٨٨].

(١) في (ق): «لقوله عليه السَّلام»، وفي (د): «محض لقوله عليه السَّلام».

(٢) الزيادة من (د).

(٣) لم أجده بهذه الألفاظ، وإنَّما رواه البخاري في «صحيحه» بلفظ: «**من ظلم من الأرض شيئًا طوّقه من سبع أرضين**» كتاب المظالم والغصب (٢٤٥٢)، وفي لفظ: «**من ظلم قيد شبر من الأرض...**» (٢٤٥٣)، وفي لفظ: «**من أخذ شبرًا من الأرض ظلمًا...**» كتاب بدء الخلق (٣١٩٨)، ومسلم في «صحيحه» بلفظ: «**من اقتطع شبرًا من الأرض ظلمًا...**» كتاب المساقاة (١٦١٠)، وعنده كذلك نحو رواية البخاري، وفي لفظ: «**لا يأخذ أحدٌ شبرًا من الأرض بغير حقه إلَّا طوَّقه الله إلى سبع أرضين يوم القيامة**» (١٦١١)، وهو موجود في كتب السنن، والمسانيد، وغيرها.

(٤) رواه الترمذي في «سننه» كتاب البيوع (١٢٦٦)، وأبو داود في «سننه» كتاب البيوع (٣٥٦١)، وابن ماجه في «سننه» كتاب الأحكام (٢٤٠٠)، والنسائي في «السنن الكبرى» (٣/ ٤١١: ٥٧٨٣)، والحاكم في «المستدرك» (٢/ ٥٥: ٢٣٠٢)، وأحمد في «مسنده» (٥/ ٨)، كلهم بلفظ: «**حتى تؤديه**»، وقد صحّحه الحاكم وقال: حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري، وكذلك حسّنه الترمذي، وانظر كذلك: «نصب الراية» للزيلعي (٤/ ١٦٧)، «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٣: ١٢٦٧).

البابُ الأوَّل

في الضمان

والنظر في ثلاثة أركان: الموجِب، والموجَب فيه، والواجب.

الركن الأول:

المُوجِب للضمان

وهو ثلاثة: التفويت بالمباشرة، أو السبب[(١)]، أو إثبات اليد لغرض نفسه من غير استحقاق.

* الأول[(٢)]: المباشرة[(٣)]:

وحدّه إيجاد علّة التلف، كالقتل والأكل والإحراق.

---

(١) ورد في (ط): «التسبّب».

(٢) ورد في (د): «أمَّا الأول فهو».

(٣) قال الرافعي: واعلم أن ما له مدخل في هلاك الشيء، إمَّا أن يكون بحيث يضاف إليه الهلاك في العادة إضافة حقيقية، أو لا يكون كذلك.
وما لا يكون كذلك فإمَّا أن يكون بحيث يقصد بتحصيله حصول ما يضاف إليه الهلاك، أو لا يكون كذلك.
فالذي يضاف إليه الهلاك يسمى علة، والإتيان مباشرة، وما لا يضاف إليه الهلاك ويقصد بتحصيله ما يضاف إليه يسمى سببًا، والإتيان به تسببًا؛ وهو القصد.
«فتح العزيز» (١١/ ٢٤١).

ونعني[١] بالعلة[٢]: ما يقال من حيث العادة أن[٣] الهلاك حصل بها، كما يقال: حصل بالقتل والأكل والإحراق.

* **أمَّا السّبب[٤]:**

فهو إيجاد ما يحصل الهلاك عنده[٥]، ولكن بعلَّة أخرى، إذا كان السّبب ممَّا يقصد لتوقع تلك العلة.

فيجب الضمان على المُكره على إتلاف المال[٦]، والإكراه سبب[٧]، وعلى من حفر بئرًا في محلّ عدوان إذا تردّى فيه بهيمة أو عبد أو إنسان[٨].

فإن ردى غيرُه فيه[٩]؛ فالضمان على المُردي، تقديمًا للمباشرة على

---

(١) ورد في (أ): «ومعنى»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٢) العلّة لغة عبارة عن معنى يحل بالمحل، فيتغير به حال المحل بلا اختيار، ومنه يسمى المرض علة؛ لأنَّه بحلوله يتغير حال الشخص من القوة إلى الضعف. وقيل: هي ما يتوقف عليه عدم وجود الشيء، ويكون خارجًا مؤثرًا فيه. «التعريفات» للجرجاني (ص٢٠١).
(٣) ورد في (أ): «فإن»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٤) السبب في اللغة: اسم لما يتوصل به إلى المقصود. «التعريفات» للجرجاني (ص١٥٤).
(٥) ورد في (أ): «عمده»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٦) قال النووي: ثُمَّ إذا أتلف مال غيره بالإكراه؛ فللمالك مطالبة المكره الآمر بالضمان. وفي مطالبة المأمور وجهان، **أصحهما**: يطالب لكنه يرجع بالمغروم على الآمر. هذا هو المذهب. وقيل: إن الضمان على المأمور ولا رجوع له. «الروضة» (٩/ ١٤٢).
(٧) في (أ): زيادة «قياسًا»، ولم ترد في (د، ط، ي).
(٨) ورد في (ق): «أو إنسان»، وفي (د): «أو عبدا لإنسان».
(٩) ورد في (د): «فإن راده غيره»، وفي (أ): «فيه غيره فيه»، بزيادة «فيه» قبل غيره، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

السبب، كما في المُمسك مع المباشر[١] في الحُرّ[٢]. أمَّا في العبد؛ فيطالب الممسك أيضًا؛ [لأنه][٣] بالإمساك غاصب.

والمكرَه وإن كان مباشرًا، فمباشرته ضعيفة أنتجها الإكراه فلم يقدم عليه. أمَّا إذا رفع حافظَ الشيء حتَّى ضاع لعدم الحافظ بسبب آخر[٤] لا يقصد برفع الحافظ؛ فلا ضمان عليه. كما إذا فتح رأس الزقّ فاتفق هبوب ريح[٥] بعده فسقط وضاع؛ فلا ضمان[٦]؛ لأنَّه لا يقصد بفتح رأس الزقّ[٧] هبوب[٨] الريح والضياع به؛ كما لو بنى دارًا فطيّرت الريح ثوبًا وألقته[٩] في داره فضاع[١٠]؛ لا يضمن[١١].

---

(١) ورد في (د): «في الممسك في الضمان مع المباشرة»، وفي (ق): نحوه من غير زيادة «في الضمان»، وفي (أ): «مع القاتل»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي): من غير زيادة «في الضمان».

(٢) يعني: إذا أمسك شخص شخص آخر، فجاء آخر وقتله؛ فالقصاص على القاتل لا على الممسك تغليبًا للمباشرة. «إعانة الطالبين» (٤/ ١١٤).

(٣) الزيادة من (د، ط، ي).

(٤) ورد في (أ): «أخرى»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٥) ورد في (أ): «الرق فانفق هبوت ريح»، وفي (ق): «فانفق هبوب الرياح»، وفي (د): «فانفق هبوب ريح»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٦) لأن الهلاك لم يحصل بفعله، ولا فعله ممَّا يقصد به تحصيل ذلك العارض، وعن مالك فيما ذكره المسعودي أنَّه يجب الضمان؛ لأنَّه لولا الفتح لما ضاع ما فيه بالسقوط. «فتح العزيز» (١١/ ٢٤٤).

(٧) ورد في (أ): «الرق»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

(٨) ورد في (أ): «هبوت الريح»، وفي (ق): «هبوب الرياح»، والأصح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٩) ورد في (أ): «وألقاه»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(١٠) ورد في (أ): «فضاعت»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(١١) لأنَّه لم يتسبب أصلًا؛ لأنَّه لا يقصد ببناء الدار ذلك. «فتح العزيز» (١١/ ٢٤٧).

وكذلك[١] لو حبس المالك عن الماشية؛ فعاث الذئب فيها[٢].

وكذلك لو حمل صبيًّا إلى مَضْيعة[٣]؛ فاتفق ثَمَّ[٤] سبُع فافترسه[٥]؛ فلا ضمان في الكل؛ إذ لا مباشرة، ولا يد، ولا تسبّب[٦]؛ إذ حدّ السبب ما ذكرناه.

نعم، لو حمل الصبيّ إلى مَسْبعة، أو فتح رأس الزّق فشرقت الشمس وذاب[٧]؛ ففيه وجهان. [و][٨] لعلّ الأظهر وجوب الضمان[٩] [١٠]، فإنَّه يقصد به ذلك.

كما أنَّا نقول: إذا غصب الأمّهات فنتجت الأولاد؛ حدثت من ضمانه؛ لأنَّه يتوقع من إثبات اليد على الأمّهات ثبوت اليد على الأولاد[١١].

---

(١) ورد في (أ): «لذلك»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٢) ورد في (أ): «فيه»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(٣) فلا ضمان عليه؛ لأنَّه لم يتصرف في المال، وإنَّما تصرف في المالك. «فتح العزيز» (١١/ ٢٤٧).

(٤) ورد في (أ): «ثمر»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، ط، ي)، وفي (د): «ثمة»، والمعنى واحد.

(٥) ورد في (أ): «وافترسه»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٦) ورد في (أ): «سبب»، والمثبت من (ق، ط، ي).

(٧) ورد في (د): «فذاب».

(٨) الزيادة من (ط، ي).

(٩) جزم به الرافعي، والنووي. «فتح العزيز» (١١/ ٢٤٨)، «روضة الطالبين» (٥/ ٥، ٧).

(١٠) والأحناف لا يوجبون الضمان؛ لأنَّه صار مائعًا بحرارة الشمس لا بصنعه، فلم يكن التلف مضافًا إليه لا مباشرة ولا تسببًا؛ فلا يضمن. «بدائع الصنائع» (٧/ ١٦٦)، «لسان الحكام» (ص٢٧٨).

(١١) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٢٤٨).

وكذلك[١] لو غصب رمكة[٢] فاتبعها المُهر[٣]، ففي دخوله في ضمانه تردد[٤].

وأمَّا رفع[٥] القيد عن الحيوان؛ سبب يقصد لإفلات[٦] الحيوان، ولكن ينظر: فإن كان المقيّد حيوانًا عاقلًا[٧] كالعبد، فإذا أبق فلا ضمان؛ لأنَّه مختار، فينقطع التسبب به، وهو كما لو هدم الحرز فسرق المال؛ لا يضمن المال. ولو دلّ السرّاق[٨] [لم يضمن.

فأمَّا الحيوان الذي ليس بعاقل، كالطير والبهيمة، فإذا فتح باب القفص وحلّ رباط البهيمة فضاعت؛ فالمذهب][٩] الظاهر: أنَّه إن طار على الاتصال ضمن[١٠]، وإن كان على الانفصال لم يضمن؛ إذ يظهر

---

(١) ورد في (ق، د): «ولذلك».

(٢) الرّمكة: الفرس والبرذونة التي تتخذ للنسل، معرّب، والجمع: رَمَك، وأرماك: جمع الجمع. «لسان العرب» (١٠/ ٤٣٤).

(٣) المُهر: ولد الفرس، والجمع: أمهار ومِهار، والأنثى: مُهرة، والجمع: مُهر بوزن عمر. «مختار الصحاح» (ص٢٦٦).

(٤) قال الشرواني في حواشيه: ولو غصب حيوانًا، فتبعه ولده الذي من شأنه أن يتبعه لم يضمن التابع في الأصحّ لانتفاء استيلائه عليه. «حواشي الشرواني» (٦/ ٩)، «حاشية البجيرمي» (٣/ ١١٢).

(٥) ورد في (أ): «الرفع»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٦) ورد في (أ): «لاقلاف»، والصحيح هو المثبت من (ق، ط، ي).

(٧) ورد في (أ): «عاملًا»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٨) ورد في (ي، ق): «السارق».

(٩) ما بين المعكوفتين سقط من (أ)، والزيادة من (ق، د، ط، ي).

(١٠) والقول الثاني: أنَّه لا يلزمه الضمان؛ لأن للحيوان قصدًا واختيارًا، ألا ترى أنَّه يقصد ما ينفعه ويتوقى المهالك، وغاية الموجود من الفاتح التسبب إلى تضييعه؛ فتقدم على مباشرة الطائر واختياره. «فتح العزيز» (١١/ ٢٤٥).

حوالته عند الانفصال على اختيار[١] الحيوان، وعند الاتصال كأنَّه نفر بالتعرّض للقيد.

وقال مالك: يضمن في الحالتين[٢]، وهو قول للشافعي[٣] (رحمه الله) منقدح من حيث المصلحة.

وقال أبو حنيفة: لا يضمن أصلًا[٤]، وهو قول للشافعي (رحمه الله) حوالة على الاختيار[٥]، والعبد المجنون من قبيل[٦] الدابَّة والطير، وفي العبد العاقل إذا أبق أيضًا وجه بعيد أنَّه يضمن إذا حلّ القيد عنه، وهو ضعيف؛ لأنه في معنى[٧] المُمسك مع المباشر.

أمَّا إذا فتح رأس الزقّ[٨] فتقاطرت قطرات من المائع إلى أسفل الزق وابتل وسقط؛ وجب الضمان؛ لأن السقوط بالابتلال، والابتلال بالتقاطر، والتقاطر بالفتح، وهو طريق مقصود له[٩]، وسلوك إليه، بخلاف السقوط بهبوب الريح.

---

(١) ورد في (د): «الاختيار من الحيوان».

(٢) انظر: «المدونة الكبرى» (١٥/ ١٧٩)، «القوانين الفقهية» لابن جزي (ص٢١٨)، «مواهب الجليل» (٣/ ٢٢٢)، «التاج والإكليل» (٥/ ٢٧٨).

(٣) ورد في (ق): «الشافعي»، ونحوه في (ي).

(٤) انظر: مذهب الأحناف في: «الدر المختار» (٦/ ٢١٢ ـ ٢١٣)، «لسان الحكام» (ص٢٧٨)، «بدائع الصنائع» (٧/ ١٦٦)، وهذا هو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف (رحمهما الله)، أمَّا الإمام محمد (رحمه الله) فقد قال بوجوب الضمان، نصَّ عليه الكاساني في «البدائع» (٧/ ١٦٦)، والسرخسي في «المبسوط» (١١/ ١٤، ٣/ ٢٩٧).

(٥) ورد في (ق): «للاختيار».

(٦) ورد في (أ): «قتل»، والصحيح هو المثبت من (ط، ي).

(٧) ورد في (أ): «المعنى»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

(٨) ورد في (أ): «الرق»، والصحيح هو المثبت من (ط، ي).

(٩) حرف الواو لم يرد في (ق).

ولو فتح الزقّ وفيه سمن جامد[١] فقرَّب غيره منه نارًا حتَّى ذاب؛ فقد قيل: لا ضمان على واحد، **والأصحّ**: أنَّه يجب الضمان على الثاني[٢]؛ لأنَّه كالمُردي[٣] مع الحافر.

هذا تفصيل السبب والمباشرة، وتمام النظر فيه يذكر في كتاب[٤] الجنايات.

*** أمَّا إثبات اليد:**

فهو سبب للضمان، ومباشرته بالغصب، وتسبّبه[٥] في ولد المغصوب، فإنَّ إثبات اليد على الأم سبب للثبوت على الولد، فكان الولد مضمونًا عندنا لذلك، خلافًا لأبي حنيفة، فإنَّه قال: أُثبت اليد ولكن لم تَزُل يدُ المالك[٦]، والغصب عبارة عن إزالة يد المالك. وليس كذلك عندنا، بدليل أن المودع إذا جحد [الوديعة][٧] لم تزُل، بل كان زائلًا قبله.

---

(١) ورد في (أ): «ممن حامد»، والصحيح هو المثبت من (ق، د، ط، ي).

(٢) قال الرافعي: **وأظهرهما** وهو اختيار صاحب «المهذّب»: وجوب الضمان على الثاني؛ لأن تقرّب النار منه تصرف بالتضييع والإتلاف. «فتح العزيز» (١١/ ٢٤٥).

(٣) ورد في (ق): «كالمودي».

(٤) كلمة «كتاب» لم ترد في (ق).

(٥) ورد في (د): «وسببه».

(٦) الأحناف يقولون: أن زوائد الغصب ليست مضمونة سواء كانت منفصلة كالولد واللبن والثمرة أو متصلة كالسمن والجمال؛ لأنها لم تكن في يد المالك وقت غصب الأم فلم توجد إزالة يده عنها فلم يوجد الغصب، وعند محمد مضمونة... «بدائع الصنائع» (٧/ ١٤٣)، «حاشية ابن عابدين» (٣/ ٦٥٦)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ٨٩، ٩٠). وقد اشترطوا التعدّي في وجوب الضمان، قال الإمام المرغيناني: «إلَّا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه». «الهداية» (٤/ ١٩)، «المبسوط» (١١/ ٥٣ _ ٥٤).

(٧) الزيادة من (د).

وكذلك[١] إذا طولب بولد المغصوب[٢] فجحد؛ ضمن، وإن لم يتضمن جحوده زوال يد المالك، إذ لم يكن قط في ملكه[٣] [٤].

ثُمَّ إثبات اليد في المنقول بالنقل، إلَّا في موضع واحد، وهو أنَّه لو أزعج المالك عن دابته، فركبها، أو عن فراشه وجلس عليه[٥]: فهو ضامن؛ لأنَّه غاية الاستيلاء.

وقيل: أنَّه لا يضمن ما لم ينقل[٦].

أمَّا العقار: فيضمن بالغصب[٧] عند إثبات اليد عليه عندنا، خلافًا لأبي حنيفة[٨].

---

(١) ورد في (ق): «ولذلك».

(٢) ورد في (أ): «تولد المغصوب»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي): وقد ورد في (ق): «بولد المغضوب».

(٣) ورد في (ق، د): «يده».

(٤) قال الرافعي: ولمن ينازع أن يقول: لا غصب في الصورتين (الوديعة والمطالب بولد المغصوب)، لكنه يضمن ضمان المغصوب لتقصيره في الأمانة بالجحود والامتناع. «فتح العزيز» (١١/ ٢٥٠).

(٥) ورد في (ق): «عليها».

(٦) قال الرافعي: ويشبه أن تكون المسألة مصوّرة فيما إذا قصد الراكب أو الجالس الاستيلاء، أمَّا إذا لم يقصده، ففي التتمة في كونه غاصبًا وجهين. «فتح العزيز» (١١/ ٢٥٠). بينما قال النووي: **أصحهما**: نعم (أي وجوب الضمان) سواء قصد الاستيلاء أم لا. «روضة الطالبين» (٥/ ٨).

(٧) لم يرد في (د).

(٨) مذهب الأحناف أنَّه إذا غصب عقارًا، فهلك في يده؛ لم يضمنه، وهذا عند أبي حنيفة، وأبي يوسف (رحمهما الله)، وقال محمد وزفر: يضمنه. وما نقص منه بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعًا. «بداية المبتدي» (ص٢٠٥)، «الهداية» (٤/ ١٢)، «البحر الرائق» (٨/ ١٢٦)، «فتاوى السغدي» (٢/ ٧٣٣)، «المبسوط» للسرخسي (٢٣/ ٥٥).

فإن قيل: فما حدّ الغصب في العقار؟ **قلنا**: له ركنان:

الأول[١]: إثبات الغاصب يده. وذلك لا يحصل إلَّا بالدخول في العقار.

والآخر: إزالة يد المالك. وذلك يحصل بإزعاجه، فإن أُزعج ولم يدخل؛ لا يضمن. وإن دخل ولم يُزْعَج؛ فإن قصد النظارة أو الزيارة[٢]؛ فلا[٣] يضمن. وإن قصد الاستيلاء صارت[٤] الدار في يدهما، فهو غاصب نصف الدار.

ولو كان الداخل ضعيفًا والمالك قويًا: لم يكن غاصبًا، وإن قصد؛ لأن ما لا يمكن لا يتصوّر قصده، وإنَّما هو حديث نفس ووسوسة.

وإن كان المالك غائبًا وقصد؛ ضمن، وإن كان يقدر على الانتزاع من يده، كما إذا سلب قلنسوة ملك؛ فإنَّه غاصب، وإنَّما ذلك قدره على إزالة الغصب.

وفي العقار في هذه الصورة وجه: أنَّه لا يضمن[٥].

فإن قيل: فلو أثبتت يد على يد الغاصب وتلف فيها؟

قلنا: كيف ما كان فالمالك بالخيار، إن شاء ضمّن الغاصب، وإن شاء [ضمّن][٦] من أخذ من الغاصب وإن كان جاهلًا؛ لأن الجهل لا ينتهض[٧] عذرًا في الضمان[٨]، وقد وجد إثبات اليد على مال الغير من

---

(١) ورد في (ق، د، ط، ي): «أحدهما».
(٢) ورد في (د): «والزيارة».
(٣) ورد في (أ): «لم يضمن»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٤) ورد في (أ، ي): «صار»، والأولى ما أثبتناه من (ط).
(٥) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٢٥١)، «روضة الطالبين» (٥/ ٨).
(٦) الزيادة من (ط).
(٧) ورد في (أ): «ينقص»، وفي (د): «ينهض»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).
(٨) قال الرافعي: أن كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضامن، حتَّى يتخير =

غير إذن المالك، ولكن قرار الضمان على الغاصب إن كانت تلك[١] اليد في وضعها[٢] يد أمانة كيد المرتهن والمستأجر[٣] والوكيل والمودع.

وإن[٤] كانت يد ضمان فالقرار عليه كيد العارية والسوم والشراء.

وقال العراقيون: يد المرتهن والمستأجر هاهنا كيد العارية؛ لأن لهم غرضًا في أيديهم بخلاف المودع والوكيل بغير جعل، والأَوْلى الطريقة الأُولى.

نعم، تردّد الشيخ أبو محمد في يد المتّهب[٥]؛ لأنه[٦] وإن لم يكن يد ضمان، فهو تسليط تام وهو يد المالك، إلَّا أنَّا [إذا][٧] ضمنّاهم بأقصى القيم، وكانت القيمة زائدة في يد الغاصب ونقصت[٨] قبل أخذ الآخر[٩]، فالزيادة لا يطالب بها إلَّا الغاصب.

= المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف وبين أن يطالب من ترتبت يده على يده، سواء علم الغصب أو لم يعلم؛ لأنَّه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه، والجهل غير مُسقط للضمان. «فتح العزيز» (١١/ ٢٥٢).

(١) ورد في (أ، ي): «تيك»، والمثبت هو من (د، ط).

(٢) كلمة «يد» سقطت من (د).

(٣) ورد في (أ): «ويد المستأجر»، والمثبت من (ق، د، ط، ي).

(٤) ورد في (أ): «إن كان»، والمثبت من (د، ط)، إلَّا أنَّه ورد في (ط): «فإن كانت».

(٥) والأصح أنَّه على المتهب؛ لأنَّه أخذه للتملك، كذا ذكره النووي في «الروضة» (٥/ ٩).

(٦) ورد في (د): «لأنها».

(٧) الزيادة من (د، ط).

(٨) ورد في (أ): «نقص»، والمثبت هو من (د، ط): وهو الصحيح.

(٩) ورد في (أ): «قيل أخذ الآخر»، ولعل الصحيح ما أثبتناه من (ط)، وفي (ق، د): «أخذ الأخذ»، وفي (ي): «أخذ الآخذ».

ثُمَّ مهما [رجع][(١)] طولب بالأصل وهو[(٢)] مَن عليه القرار، فهو الغرض[(٣)]. وإن طولب غيره[(٤)] رجع على[(٥)] من عليه القرار.

فإن قيل: فلو أتلف الآخذ من الغاصب؟ قلنا: القرار عليه أبدًا، إلَّا إذ غرّه[(٦)] الغاصب وقدَّم الطعام إليه للضيافة فأكل[(٧)]، **ففيه**[(٨)] **قولان**[(٩)]:

أحدهما: النظر إلى مباشرته[(١٠)].

والثاني: بل القرار على الغاصب؛ لأنَّه غارّ[(١١)].

ولو قدَّمه إلى المالك وغرّه[(١٢)] فأكله؛ فقولان مرتّبان، وأولى بأن يحال على المالك، حتَّى ذكر الأصحاب ترددًا فيما إذا أودع المالك فتلف تحت يده. وأنَّه هل يسقط الضمان[(١٣)]؟

---

(١) الزيادة من (د).
(٢) «وهو» لم يرد في (ط، ي).
(٣) ورد في (أ): «المعرض»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٤) ورد في (أ): «غيرهم»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٥) ورد في (د): «عليه».
(٦) ورد في (أ): «غيره»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٧) ورد في (د): «وأكل».
(٨) ورد في (ق): «فيه».
(٩) هذا إذا كان جاهلًا، وإن كان عالمًا فالقرار عليه. «فتح العزيز» (١١/ ٢٥٤).
(١٠) وهذا هو الأصح وهو المشهور من الجديد، وبه قال أبو حنيفة والمزني أن القرار على الآكل؛ لأنَّه المتلف، وإليه عادت منفعته. «فتح العزيز» (١١/ ٢٥٤)، «روضة الطالبين» (٥/ ١٠).
(١١) حيث قدّم الطعام إليه وأوهم أنَّه لا تبعة فيه، ويروى هذا عن القديم وبعض كتب الجديد.
(١٢) ورد في (أ): «غيره»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(١٣) قال الإمام الرافعي بعد ذكر عدة صور للمسألة: وظاهر المذهب أن الغاصب لا يبرأُ في هذه الصور كما أن الضمان لا يتقرر على الأجنبي. «فتح العزيز» (١١/ ٢٥٥).

ولو قال للمالك: اقتل هذا العبد فإنَّه لي؛ فقتل؛ سقط الضمان عن الغاصب؛ لأنَّه لا غرور مع تحريم القتلِ، بخلاف الضيافة.

ولو قال: أَعتِقْ؛ فأَعتقَ؛ **ففيه ثلاثة أوجه:**

أحدها: أنَّه لا ينفذ العتق؛ لأنَّه قصد به جهة الوكالة، وهو[١] معذور.

بخلاف ما إذا رأى عبدًا في ظلمة، فظنّه [أنه][٢] للغير، فقال: أنت حر؛ فإنَّه ينفذ؛ لأنَّه غير معذور.

والثاني: ينفذ العتق[٣]، ولا يطالب الغاصب بالغرم؛ لأنَّه نفذ[٤] عتقه في ملكه، فلا معنى للغرم.

والثالث: أنَّه ينفذ العتق ويطالب بالغرم لكونه مغرورًا[٥].

أمَّا إذا زوّج الجارية من المالك غرورًا[٦] فاستولدها؛ نفذ الاستيلاد قطعًا؛ لأنَّه فعل وقد صادف ملكه.

ومنهم من شبّب أيضًا فيه بخلاف[٧].

---

(١) ورد في (أ): «فهو»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٢) ورد في (أ): «ظنّه للغير»، ونحوه في (ي)، والمثبت هو من (ط، د).

(٣) وهذا هو الأصح كما نصّ عليه الرافعي والنووي. «فتح العزيز» (١١/ ٢٥٦)، «روضة الطالبين» (٥/ ١٢).

(٤) ورد في (أ): «يفيد»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٥) ورد في (أ): «لكونه غير معذورًا»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٦) ورد في (ق، د): «غررًا».

(٧) قال الرافعي: ومنهم من أثبت فيه خلافًا، وهو قريب من الخلاف المذكور في إعتاق العبد. (١١/ ٢٥٥).

الركن الثاني:
[في][١] الموجَب فيه
وهو الأموال

وينقسم إلى: المنفعة، والعين:

*** أمَّا العين:**

فينقسم إلى الحيوان وغيره.

*** أمَّا الحيوان:** فالعبد مضمون عند الغصب[٢] والإتلاف بكمال[٣] قيمته، وإن زاد على أعلى الديّات، خلافًا لأبي حنيفة[٤].

وجراح العبد من قيمته عند قطع أطرافه، كجراح الحر من ديته في القول المنصوص.

---

(١) الزيادة من (ط، ي).

(٢) ورد في (أ): «الغاصب»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٣) ورد في (أ): «كما»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٤) مذهب الأحناف هو: وجوب الضمان عند غصب العبد والإتلاف بكمال القيمة بالغًا ما بلغ، إذن لا خلاف في هذه المسألة بين الشافعية والحنفيّة، وهذا ما نصّ عليه فقهاء الأحناف في كتبهم ضمن الفروع المتعلقة بهذه المسألة.
انظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ١٥٢)، «بداية المبتدي» (ص٢٠٥)، «الهداية» (٤/ ١٣، ١٩)، «لسان الحكام» (ص٢٧٧).
وأمَّا الخلاف بين الشافعية والحنفية فهو في الجناية على العبد، بحيث إذا زادت قيمة العبد على دية الحر، فعند الأحناف ينقص منها عشرة دراهم، وعند الشافعية يضمنه القاتل بكمال القيمة وإن زادت على دية الحر». وانظر المسألة في: «البحر الرائق» (٨/ ٤٣٦)، «حاشية ابن عابدين» (٦/ ٦١٨)، «المبسوط» للسرخسي (٢٧/ ٣٠).

وعلى هذا إذا قطع الغاصب يد عبد فنقص[(١)] من قيمته ثلثاه؛ لزمته الزيادة؛ لأنَّه فات تحت يده، فيجب السدس بحكم الغصب، والنصف[(٢)] بحكم الجناية؛ فيلزمه[(٣)] أكثر الأمرين من الأرش أو[(٤)] قدر النقصان.

فلو[(٥)] سقطت يد العبد بآفة في يد الغاصب؛ فلا يضمن إلَّا أرش النقصان على المذهب؛ لأن التقدير خاصية الجناية.

ولذلك نقول[(٦)]: المشتري[(٧)] إذا قطع يدي العبد المبيع لا نجعله قابضًا كمال العبد؛ لأن خاصية الجناية لا يتعدى إلى البيع.

أمَّا سائر الحيوانات؛ فالمتبع فيها النقصان. وقال أبو حنيفة[(٨)]: في عين الفرس والبقر رُبع قيمته[(٩)]. وهو تحكُّم[(١٠)].

* **أمَّا الجمادات:** فكلُّ متموّل معصوم مضمون.

أمَّا الخمر فلا يضمن عندنا، لا للذّميّ ولا للمسلم، وقال أبو حنيفة:

---

(١) ورد في (أ): «نقص»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط).
(٢) ورد في (أ): «نصف» من غير الألف واللام، والمثبت هو الأصح من (ق، د، ط، ي).
(٣) ورد في (د، ط): «لزمه».
(٤) ورد في (د): «وقدر» بدل «أو قدر».
(٥) ورد في (ق، د، ط، ي): «ولو».
(٦) في (أ): «يقول»، والأصح ما أثبتناه من (ط، ي).
(٧) ورد في (د): «للمشتري».
(٨) قال المرغيناني: وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة، وكذا في عين الحمار والبغل والفرس. انظر لمزيد من التفصيل وأدلة هذا القول: «الهداية» (٤/ ٢٠٢)، و«البحر الرائق» (٨/ ٤١٣)، و«حاشية ابن عابدين» (٦/ ٦١٠).
(٩) ورد في (د): «القيمة».
(١٠) ورد في (أ): «حكم»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

يضمن للذمّي[١].

وكذا الخنزير والملاهي أيضًا غير مضمونة، فإنَّ تكسيرها[٢] واجب، نعم لا يتبع بيوت أهل الذمة، ولكن إذا أظهروها[٣] كسرناها.

واختلفوا في حدّ الكسر المشروع: **فقيل**: إنَّه لا تحرق أصلًا؛ إذ فيه إتلاف الخشب، ولكن يرضَّض[٤]، وهو غاية المبالغة.

وقيل: إنَّه يكفي أن يفصل، بحيث لا يمكن استعماله في المحرَّم، ولا يكفي قطع الوَتَر بالإجماع.

وقيل: إنَّه يرد إلى حدّ يفتقر من يرده إلى الهيئة المحرمة إلى استئناف الصنعة التي يفتقر إليها المبتدئ[٥] للصنعة، وهذا هو الأقصد[٦].

وكذا القول في كسر الصليب.

---

(١) قال المرغيناني في «بداية المبتدي»: «وإذا أتلف المسلم خمر الذمّي أو خنزيره ضمن قيمتهما، فإن أتلفها لمسلم لم يضمن. . .» (ص٢٠٧). ونحوه في «الهداية شرح البداية» (٤/ ٢١)، «المبسوط» للسرخسي (٢٠/ ٢٧)، «البحر الرائق» (٨/ ١٤٠).

(٢) ورد في (أ): «كسرها»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٣) ورد في (أ): «ظهروها»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(٤) ورد في (د): «ولكن يجب الترضيض»، والرض: الدق الجريش، رضّ الشي يرضّه رضًا فهو مرضوض ورضيض، ورضرضه: لم ينعم دقّه، وقيل: رضّه رضًا: كسره، وحجارة ترضرض على وجه الأرض، أي: تتحرك ولا تلبث، وقيل: أي تتكسّر. «لسان العرب» (٧/ ١٥٤).

(٥) ورد في (أ): «المبتدى»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٦) قال الرافعي: «واختلفوا في الحد المشروع لإبطالها على وجهين؛ **وأظهرهما**: أنها لا تكسر الكسر الفاحش ولكنها تفصل، وفي حد التفصيل وجهان. . . **والثاني**: أنها تفصل إلى حد لو فرض إيجاد آلة محرمة من مفصلها لنال الصانع التعب الذي يناله في ابتداء الإيجاد، وهذا بأن يبطل تأليف الأجزاء =

* **أمَّا المنفعة:**

فتُضمن[١] بالتفويت، والفوات تحت اليد العادية، [ولكن][٢] من العبد وسائر الأموال، والمكاتَب والمستولدة ملتحق[٣] في ضمان العين والمنفعة بالقنّ.

وأمَّا منفعة البضع: فلا تضمن باليد، إنَّما تضمن بالإتلاف[٤].

وأمَّا منفعة بدن الحرّ: إن استخدمه إنسان؛ ضمنه.

وإن حبسه وعطّله؛ **فوجهان**:

أحدهما: بلى؛ للتفويت[٥].

والثاني: لا[٦]؛ لأنَّه فات تحت يد الحر المحبوس.

= كلها حتَّى تعود كما كانت قبل التأليف، ويشبه أن يكون هذا أقرب إلى كلام الشافعي (رضي الله عنه) وعامة الأصحاب...». «فتح العزيز» (١١/ ٢٥٩) باختصار يسير.

(١) ورد في (أ): «فيضمن»، والأولى ما أثبتناه من (ط).
(٢) الزيادة من (ق، د، ط، ي).
(٣) ورد في (أ): «ملحق»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٤) والفرق بين منفعة البضع وسائر المنافع أن اليد لا تثبت على منفعة البضع، ألا ترى أن السيّد يزوج الأمة المغصوبة، ولا يؤجرها كما لا يبيعها؛ لأن يد الغاصب حائلة. «فتح العزيز» (١١/ ٢٦٢).
(٥) لأن منافعه متقوّمة بالعقد الفاسد، فأشبهت منتفع الأموال، وحكي هذا عن ابن أبي هريرة. «فتح العزيز» (١١/ ٢٦٣).
(٦) وهذا هو الأصح كما نصّ عليه الرافعي والنووي. «فتح العزيز» (١١/ ٢٦٣)، «روضة الطالبين» (٥/ ١٤).

وعلى هذا يبتني[١] ما إذا أورد[٢] الإجارة على عينه، ثُمَّ سلّم نفسه ولم يستعمله؟

إن قلنا بالحبس؛ يضمن فتستقرّ الأجرة، وإلَّا فلا.

وكذلك لو استأجر حرًّا، فهل له إجارته[٣]؟

إن قلنا: لا يدخل تحت يده فلا.

وإن قلنا: يضمن بالحبس[٤] لدخوله تحت يده؛ فتصحّ[٥] الإجارة.

ولو لبس ثوبًا وغرم أرش نقص البلى[٦]، فهل تندرج تحته أجرة المثل؟ وجهان.

وكذا لو غصب عبدًا فاصطاد، فهو لمولاه، فهل يسقط به أجرة منفعته لحصوله له؟ وجهان.

[وفي ضمان منفعة الكلب المغصوب وجهان][٧].

ولو اصطاد بكلب[٨] مغصوب، فالصيد للمالك على أحد الوجهين[٩].

---

(١) ورد في (أ): «تبتنى»، والصحيح ما أوردناه من (ط، ي).

(٢) ورد في (أ): «إذا ما أورد»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي)، وورد في (ق): «ما إذا ورد».

(٣) قال النووي: قال الأكثرون: له أن يؤجّره وتتقرر أجرته. وقال القفال: لا يؤجره ولا تتقرر أجرته؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد، ولا تحصل منافعه في يد المستأجر. «روضة الطالبين» (٥/ ١٤). وانظر: «فتح العزيز» (١١/ ٢٦٣).

(٤) ورد في (ق): «بالحبس يضمن».

(٥) ورد في (أ): «فيصحّ»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط).

(٦) ورد في (د): «اللبس».

(٧) ما بين المعكفوتين لم يرد في (ق).

(٨) ورد في (ق): «الكلب المغصُوب».

(٩) وأظهرهما أنَّه للغاصب، كما نصّ عليه الرافعي والنووي. انظر: «فتح العزيز» (١١/ ٢٦٤)، «روضة الطالبين» (٥/ ١٥).

الركن الثالث:
[في](١) الواجب

وينقسم إلى: المثل، والقيمة.

* **أمَّا المثل:**

فواجب في كل ما هو من ذوات المِثل(٢).

وقيل في حدِّه: إنَّه كان موزون أو مكيل(٣)، وهو باطل بالمعجونات والمعروضات على النار.

وقيل: إنَّه كل مقدّر بالوزن والكيل يجوز السلم فيه، ويجوز بيع بعضه ببعض، وهذا يخرج منه العنب والرّطب، وإخراجه عن المثليات بعيد، ويدخل فيه صنجات(٤) الميزان، والملاعق المتساوية في الصَّنعة [الموزونة وليست مثلية.

والصحيح أنَّه الذي يتماثل أجزاؤه في القيمة والمنفعة من حيث الذات، لا من حيث الصنعة](٥).

---

(١) الزيادة من (ق، د، ط، ي).

(٢) ورد في (ق، د، ط، ي): «الأمثال».

(٣) قال الرافعي: وتروى هذه العبارة عن أبي حنيفة وأحمد، وتنسب إلى نص الشافعي (رضي الله عنه)؛ لقوله في «المختصر»: وما له كيل أو وزن فعليه مثل كيله أو وزنه. «فتح العزيز» (١١/ ٢٦٦)، قال خاتمة المحققين الشيخ محمد أمين المعروف بابن عابدين في تعريف المثلي: «ما لا تتفاوت آحاده»، أي: تفاوتًا تختلف به القيمة. «حاشية ابن عابدين» (٥/ ١٦١).

(٤) ورد في (أ): «صفحات»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د)، وورد في (ط): «سنج»، وقد صُحّح على هامشه «صنجات».

(٥) ما بين المعكوفتين سقط من (أ): وقد أضيف من (ق، د، ط، ي)، وفي (ق): «ليس مثله»، بدل «ليست مثلية». =

*** وفي المثليات ست[(١)] مسائل:**

*** الأولى**: إذا[(٢)] أعوز المثل رجعنا إلى القيمة، فإن كانت القيمة قد اختلفت في مدة بقاء العين المغصوبة وبعدها؛ **فثلاثة أوجه**:

أحدها: أن الواجب أقصى قيمة المغصوب من يوم الغصب إلى [يوم][(٣)] التلف؛ لأنَّا عجزنا عن المثل؛ فصار كأن لا مثل له، ويرجع إلى قيمة المغصوب.

والثاني: أنَّا نوجب قيمة المثل؛ لأنَّه الواجب، فيراعى[(٤)] أقصى القيم من وقت تلف المغصوب إلى[(٥)] إعواز المثل.

والثالث: أنَّه يرعى أقصى القيمة من وقت الغصب إلى الإعواز[(٦)]، وقيل: إلى وقت الطلب.

*** الثانية**: إذا غرم القيمة ثُمَّ قدر على المثل؛ **ففي ردّ القيمة وجهان**:

= قال الرافعي: «وما اختاره الإمام هو تساوي الأجزاء في المنفعة والقيمة، فزاد النظر إلى المنفعة، وعلى ذلك جرى صاحب الكتاب، وزاد قوله من حيث الذات لا من حيث الصنعة، وقصد به الاحتراز من الملاعق وصنجات الميزان المتساوية، فإنَّ تساويهما جاء من حفظ التشابه في الصنعة، وإلَّا المصنوعات مختلفة في الغالب...» «فتح العزيز» (١١/ ٢٦٨).

(١) ورد في (ق): «مسائل ست».

(٢) لم يرد في (ق).

(٣) الزيادة من (ي).

(٤) ورد في (أ): «فيرعى»، والصحيح ما أثبتناه من (د).

(٥) ورد في (د): «وقت إعواز».

(٦) وهذا هو الأصحّ كما نصّ عليه النووي، والرافعي. انظر لمزيد من التفصيل وتعليل هذا القول: «فتح العزيز» (١١/ ٢٧٢)، «روضة الطالبين» (٥/ ٢٠).

أحدهما: لا[١]؛ إذ قد تمّ القضاء بالبدل، فصار كالصوم في الكفَّارة[٢].
والثاني: يردّ، كالعبد الآبق إذا رجع بعد الغُرم.

* **الثالثة**: إذا أتلف[٣] مثليًّا فظفر به المالك في غير ذلك المكان؛ لم يطالبه بالمثل[٤]؛ لأن مثله هو ما يؤدّى في ذلك المكان[٥]، ولكن إذا تعذّر ذلك، فيغرم في الحال بالحيلولة إلى أن يتيسّر الرجوع إلى ذلك المكان، بخلاف ما إذا مضى زمان؛ فإنَّ إعادة الزمان الماضي غير ممكن، فاكتفينا بما ليس مثلًا.

وذكر الشيخ أبو محمد وجهًا: أنَّه يطالب بالمثل عند اختلاف المكان، إلَّا إذا لم يكن له قيمة، كالماء على شطّ الدِّجلة[٦].

وذكر الشيخ أبو علي وجهًا: أنَّه إن كانت[٧] القيمة مثله أو أقل فله المطالبة، وإن كانت[٨] أكثر فلا. والمشهور: الأول.

---

(١) وهذا هو الأصحّ كما نصّ عليه النووي، والرافعي وغيرهما. «فتح العزيز» (١١/ ٢٧٥)، «روضة الطالبين» (٥/ ٢١).

(٢) يعني أن المعسر لو صام صوم الكفارة ثُمَّ أيسر وصار عنده مال، فالصحيح أنَّه لا يجب عليه الكفارة بالمال.

(٣) ورد في (أ): «تلف»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٤) وقد عزاه الرافعي للأكثرين وقال: الأكثرون أنَّه إن كان ممَّا لا مؤنة لنقله كالدراهم والدنانير؛ فله المطالبة بالمثل، وإن كان لنقله مؤنة لم يكن له طلب المثل ولا للغارم تكليفه قبول المثل؛ لما يلزم فيه من المؤنة والضرر، وللمالك أن يغرمه قيمة بلد التلف، فإن تراضيا على المثل لم يكن له تكليفه مؤنة النقل. قال الرافعي: وهذا هو مقصود المؤلف، وإن أطلقه في الكتاب إطلاقًا. انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٢٧٧).

(٥) من قوله: «لم يطالبه بالمثل» إلى قوله: «المكان» سقط من (د).

(٦) ورد في (د، ط): «دجلة» من غير الألف واللام.

(٧) ورد في (أ): «كان»، والمثبت هو الصحيح من (د، ي).

(٨) ورد في (أ): «كان»، والمثبت هو الأولى من (ي).

والدراهم والدنانير مثلية، فيخرّج على الوجه.

ولو غصب في بلدة، وأتلف في بلدة، فظفر به في ثالث، وقلنا: لا يطلب بالمثل؛ فله أن يطالب بقيمة أي بلدة شاء[1] من بلدتي[2] الغصب والإتلاف.

وكذا يطالب بالمثل في البلدتين إذا ظفر [به][3] فيهما.

أمَّا المسلَم إليه، قال صاحب «التقريب»: لا يطالب بالقيمة أيضًا؛ لأنَّه اعتياض عن المسلم فيه[4].

وهذا فيه احتمال؛ فيمكن أن يقال: يؤخذ للحيلولة، ولا يكون معاوضة، فإن لم يقل ذلك فليثبت للمستحق فسخ؛ لتعذّر الاستيفاء[5].

* **الرابعة**: إذا كسر آنية قيمتها عشرون، ووزنها عشرة، فالنقرة[6] من ذوات الأمثال، **ففيه[7] وجهان، أعدلهما**: أن الوزن يقابل بمثله، والصنعة بقيمتها من غير جنس الآنية، حذرًا عن الربا.

---

(١) قال الرافعي، والنووي بأن له أخذ قيمة أكثر البلدين قيمةً، وليس له اختيار القيمة من أي بلدة شاء من بلدتي الغصب والإتلاف. «روضة الطالبين» (٥/ ٢٢)، «فتح العزيز» (١١/ ٢٧٨).

(٢) ورد في (ق، د): «بلدي».

(٣) الزيادة من (ق، د، ط، ي).

(٤) ورد في (د): «المسلم فيه قبل القبض»، ولم ترد هذه الزيادة في أي نسخة أخرى.

(٥) قال الرافعي في كتاب السلم من «فتح العزيز» (٩/ ٣٣٨): فلو ظفر المسلم به في غير ذلك المكان نُظر، إن كان لنقله مؤنة لم يطالب به، وهل يطالب بالقيمة للحيلولة؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا؛ لأن أخذ العوض عن المسلم فيه قبل القبض غير جائز. **والثاني**: نعم؛ لوقوع الحيلولة بينه وبين حقه.

(٦) النُّقرة: أي السبيكة.

(٧) ورد في (د): «ففيها».

وفيه وجه: أنَّه لا يبالى بالمقابلة بجنسه، فيكون البعض في مقابلة الصنعة، كما لو[١] أفرد الصنعة بالإتلاف[٢].

* **الخامسة**: لو لم يوجد المثل إلَّا بأكثر من ثمن المثل، ففي تكليفه ذلك وجهان[٣].

* **السادسة**: لو اتخذ من الحنطة دقيقًا **وقلنا**: لا مثل للدقيق، أو من الرطب تمرًا **وقلنا**: لا مثل له. ففي طريقة العراق: أنَّه يلزمه الحنطة والتمر؛ لأن المثل أقرب؛ والأولى أن يخيّر بين المثل والقيمة؛ لأنَّه فوّت كليهما[٤]، فأشبه ما لو اتخذ من المثلي مثليًّا، كالشيرج[٥] من السّمسم، فإنَّه يتخير بين المثلين[٦].

---

(١) ورد في (د): «إذا».

(٢) **وأصح الوجهين**: كما ذكره النووي والرافعي هو: أنَّه يضمن الجميع بنقد البلد وإن كان من جنسه، ولا يلزم الرّبا، فإنَّه إنَّما جرى في العقود لا في الغرامات. . .
وهناك وجهان آخران: **أحدهما**: أن العين تضمن بوزنها من جنسها والصنعة بنقد البلد. . . **والثاني**: أنَّه يضمن الكل بغير جنسه تحرزًا من التفاضل ومن اختلاف الجنس في أحد الطرفين، ويروى هذا عن أبي حنيفة. «فتح العزيز» (١١/ ٢٨٠)، «روضة الطالبين» (٥/ ٢٣).

(٣) والصحيح عند البغوي والروياني أنَّه يلزمه المثل، وإن لزمه في مؤنته أضعاف قيمته. وعند الآخرين ومنهم الغزالي أنَّه لا يلزمه تحصيله؛ لأن الموجود بأكثر من ثمنه كالمعدوم، قال النووي: هذا الثاني أصح، وقد صحّحه أيضًا الشاشي. «روضة الطالبين» (٥/ ٢٥).

(٤) ورد في (أ): «قوت كلاهما»، ولعل الصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٥) ورد في (أ): «كالشرنح»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، ط، ي).

(٦) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٢٨٢).

* القسم الثَّاني: المتقوّمات[(١)]:

وفيه [أربع][(٢)] مسائل:

* الأولى: إذا أبق العبد المغصوب؛ طولب الغاصب بقيمته[(٣)] للحيلولة، ولا يملك العبد، خلافًا لأبي حنيفة[(٤)]، بل لو عاد العبد يجب ردّه واسترداد القيمة. وما دام العبد قائمًا؛ لا يصح الإبراء عن هذه القيمة، ولا يجبر[(٥)] المالك على أخذ القيمة؛ لأنها ليست[(٦)] عين حقه.

وهل يغرم قيمة المنفعة والزوائد[(٧)] الحاصلة بعد الضمان؟

إن كان الغاصب هو الذي غيَّبَه[(٨)] في شغله؛ غرم[(٩)]. وإن هرب العبد؛ فوجهان، وهو تردد في أن علائق الغصب هل تنقطع في الحال بالضمان؟

ولو عاد العبد، فهل للغاصب حبس العبد إلى أن يردّ إليه القيمة؟

---

(١) ورد في (ق، ي): «المتقومات»، وفي (د): «المقوّمات».

(٢) الزيادة من (د).

(٣) ورد في (ق، د): «قيمته»، وفي (أ): «بقيمة الحيلولة»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٤) مذهب الأحناف أن الغاصب يملك العبد، وكذلك يملك الكسب الذي اكتسبه العبد في يد الغاصب. انظر: «الهداية» (٤/ ١٨)، «اللباب في شرح الكتاب» (٣/ ١)، ونصُّه: «ومن غصب عينًا فغيّبها، فضمنه المالك قيمتها؛ ملكها الغاصب». «بداية المبتدي» (ص٢٠٦).

(٥) ورد في (أ): «ولا يتخير»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٦) ورد في (أ): «ليس»، ونحوه في (ط): والأولى ما أثبتناه من (ي).

(٧) ورد في (أ): «الزائد»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٨) ورد في (ق، د، ي): «عيّنه»، وفي (أ): «غيّه».

(٩) ورد في (أ): «غرص»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ي)، وفي (ط): «غرمه».

قال القاضي: له ذلك. وأسند إلى نصّ[(١)] الشافعي (رحمه الله) في غير «المختصر».

وكذلك قال: المشتري إذا اشترى شراءً فاسدًا[(٢)]؛ يحبس المبيع إلى أن يردّ عليه الثمن. وفيما ذكره احتمال ظاهر[(٣)].

* **الثانية: إذا تنازعا في تلف المغصوب**: قال بعض الأصحاب: [القول][(٤)] قول المالك؛ إذ الأصل عدم التلف.

وقال المحقّقون: بل القول[(٥)] قول الغاصب[(٦)]؛ فإنَّه ربَّما صدق، فتخليد[(٧)] الحبس عليه أبدًا غير ممكن، فإن حلف الغاصب على التلف؛ فقد قيل: لا يطالب المالك الغاصب[(٨)] بالقيمة؛ لأن العين قائمة بزعمه، فلا يستحق[(٩)] القيمة، والأصحّ أن له ذلك؛ إذ تعذّر بسبب الحلف.

---

(١) لم يرد في (د).

(٢) ورد في (ي): «المشتري شراءً فاسدًا»، وفي (ط): «المشتري بشراء فاسد».

(٣) قال الرافعي: هكذا حكاه القاضي حسين عن نص الشافعي (رضي الله عنه)، كما حكى ثبوت الحبس للمشتري في الشراء الفاسد لاسترداد الثمن، لكن تقدم في البيع ذكر الخلاف في ثبوت الحبس للمشتري، وبيّنا أن الظاهر المنع، ويُشبه أن يكون حبس الغاصب في معناه، والمنع هو اختيار الإمام في الصورتين. «فتح العزيز» (١١/ ٢٨٤)، «روضة الطالبين» (٥/ ٢٦).

(٤) الزيادة من (ط، ي).

(٥) كلمة «القول» لم ترد في (د، ي).

(٦) وهذا هو الصحيح كما نصّ عليه الرافعي، فقال: فالصحيح وهو المذكور في الكتاب أن القول قول الغاصب مع يمينه؛ لأنَّه قد يعجز عن البينة وهو صادق، فلو لم نصدّقه لتخلّد الحبس عليه، ولما وجد عنه مخرجًا. «فتح العزيز» (١١/ ٢٨٦)، «روضة الطالبين» (٥/ ٢٨).

(٧) ورد في (أ): «فتجليد»، والصحيح هو ما أثبتناه من (ط، ي).

(٨) كلمة «الغاصب» لم ترد في (ق، د، ط، ي).

(٩) ورد في (أ): «تستحق»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط).

أمَّا إذا تنازعا في مقدار القيمة، فالقول قول الغاصب قطعًا[١]؛ لأن الأصل براءة الذمة[٢]، فإن أقام المالك شهودًا على الصفات دون القيمة؛ لم يجز للمقوِّمين الاعتماد على الوصف في التقويم؛ لأن المشاهدة هي المُعرِّفة للقيمة[٣].

نعم، لو أبعد الغاصب في التقليل[٤]، فيطالب بأن يترقّى إلى أقلّ درجة محتملة لهذه[٥] الصفات.

وإن قال كل واحد منهما: لا ندري القيمة، فلا تسمع[٦] دعوى المالك ما لم يعيّن، ولا يمين على[٧] الغاصب ما لم يعين. وإن قال الغاصب: هو مائة، فأقام المالك شاهدًا أنَّه فوق المائة ولم يعيّنوا؛ قُبلت الشهادة في وجوب الزيادة على المائة[٨]، وقيل: إنَّه لا تقبل[٩].

---

(١) قوله: «قطعًا» لم يرد في (د).

(٢) قوله: «الذمة» لم يرد في (ق).

(٣) قال الرافعي: إذا اتفقا على الهلاك واختلفا في قيمته فالقول قول الغاصب؛ لأن الأصل براءة ذمته عن الزيادة، وعلى المالك البينة، وينبغي أن يشهد الشهود بأن قيمته كذا، أمَّا إذا أراد إقامة البينة على صفات العبد ليقوّمه المقوّمون بتلك الصفات، فعن صاحب «التقريب» حكاية قول أنها تقبل ويقوّم وينزّل على أقل الدرجات، والمذهب: المنع؛ لأن الموصوفين بالصفات الواحدة يتفاوتون في القيمة لتفاوتهم في الملاحة. «فتح العزيز» (١١/ ٢٨٦).

(٤) ورد في (ق، د): «التعليل».

(٥) ورد في (أ): «هذه»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط).

(٦) ورد في (أ): «لا يدري القيمة فلا يسمع»، والأولى ما أثبتناه من (ط).

(٧) «على» لم ترد في (ق، ط، ي).

(٨) وهذا قول الأكثرين، وقالوا: فائدة السماع (أي قبول الدعوى): أن يكلّف الغاصب الزيادة على الخمسمائة إلى حد لا تقطع البينة بالزيادة عليه. «فتح العزيز» (١١/ ٢٨٧).

(٩) ورد في (أ): «يقبل»، والصحيح ما أثبتناه من (ي).

* **الثالثة: إذا تنازعا في عيب في أصل الخلقة**[(١)]؛ فالقول قول الغاصب؛ إذ الأصل عدم السلامة. **وقيل**: لا، بل الظاهر هو[(٢)] السلامة[(٣)].

ولو اختلفا في صنعة العبد، فالقول قول الغاصب. **وقيل**: بل القول[(٤)] قول المالك[(٥)]؛ لأنَّه أعرف بالصَّنعة. وهو ضعيف.

* **الرابعة: إذا تنازعا في الثوب الذي على العبد المغصوب**؛ فالقول قول الغاصب؛ لأن العبد وما عليه في يده، فإذا قال: هو لي؛ لم تزُل[(٦)] يدهُ إلّا ببيّنة، [والله أعلم][(٧)].



---

(١) ورد في (أ): «الحلقة» بالحاء المهملة، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي)، ومثاله: بأن قال: كان أكمه، أو ولد أعرج، أو عديم اليد.
(٢) «هو» لم يرد في (ق).
(٣) وهناك وجه آخر وهو: الفرق بين ما يندر من العيوب وما لا يندر. ذكره الرافعي في «فتح العزيز» (١١/ ٢٨٧ ـ ٢٨٨).
(٤) «القول» لم يرد في (ق، ي).
(٥) وهو قول العراقيين من أصحاب الشافعي (رحمه الله).
(٦) ورد في (أ): «لم يزل»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).
(٧) الزيادة من (ق).

البابُ الثَّاني

في الطوارئ على المغصوب من[1] نقصان أو زيادة أو تصرُّف[2]

وفيه ثلاثة فصول:

[الفَصْلُ][3] الأوَّل

في النقصان

وفيه مسائل [أربع][4]:

*** الأولى:**

إذا غصب شيئًا يساوي عشرة، فعادت قيمته إلى درهم، فردّ العين؛ لم يلزمه النقصان، خلافًا لأبي ثور[5]؛ لأن الفائت هو رغبات الناس، ولم يفُت من العين شيء.

---

(١) ورد في (أ): «في»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي)، ولم يرد في (ق) قوله: «في الطوارئ على المغصوب».
(٢) ورد في (أ): «يصرف»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).
(٣) الزيادة من (ق).
(٤) الزيادة من (ق، د، ط، ي).
(٥) قال الرافعي: حكى الموفق بن طاهر أن من الأصحاب من يوافقه على إيجاب نقصان القيمة. انظر: «فتح العزيز» (١١/ ٢٩١).

وإن تلف بعد أن عاد[١] إلى درهم؛ لزمه قيمته عشرة، إن كان من ذوات القيم[٢]، وإلَّا فيشتري مثله بدرهم.

ولو غصب ثوبًا قيمته عشرة[٣]، فعاد إلى خمسة، ثُمَّ لبسه حتَّى عاد إلى أربعة، فقد نقص باللُّبس درهمٌ وهو[٤] خُمس الثوب، فالقدر الفائت يغرمه[٥] بأقصى القيم وهو درهمان خُمس العشرة، فيردّهما مع الثوب، فما بقي اكتفي به، وما فات غُرِّم بحساب أقصى القيم. هذا[٦] حكم الفوات والتفويت.

ولو جنى[٧] على ثوب فمزّقه خِرَقًا؛ لم يملك الخِرقَ[٨] عندنا، ولكن يردّ ما بقي مع أرش النقص، ليس للمالك سواه، وقال أبو حنيفة: الغاصب يملك الخرق[٩]، ويضمن الكل[١٠].

---

(١) ورد في (أ): «ساد»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٢) ورد في (أ): «القيمة»، والمثبت هو من (ق، د، ط، ي).

(٣) هذا مثال ما إذا كان النقصان في كل من القيمة والعين، وفي هذه الصورة: الجزء التالف مضمون بقسط من أقصى القيم من يوم الغصب إلى التلف، والنقصان الحاصل بتفاوت السوق في الباقي المردود غير مضمون. كذا ذكره الرافعي في «فتح العزيز» (١١/ ٢٩٢).

(٤) في (أ، د، ق): «هو».

(٥) ورد في (أ): «يعرمه»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٦) ورد في (د): «وهذا».

(٧) ورد في (أ): «حتى»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٨) (٩) ورد في (أ): «الحرق»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(١٠) مذهب الحنفية كما ذكره علماء الأحناف أن الخرق إذا كان يسيرًا ضمن نقصانه والثوب لمالكه، وإن كان الخرق كبيرًا يبطل عامة منافعه، فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته. هكذا ذكره المرغيناني في «بداية المبتدي» (ص٢٠٦)، وشرحه المرغيناني نفسه في «الهداية» بقوله: معناه: يترك الثوب عليه إن شاء أخذ الثوب، =

هذا إذا كانت الجناية واقفة، فلو بلّ الحنطة حتَّى استمكن العفن الساري[١] [منه][٢]؟ قال الشافعي[٣] (رحمه الله): يتخيّر المالك بين أن يطالبه بالمثل، أو يأخذ الحنطة المبلولة ويغرّمه الأرش. وهو خلاف قياس الشافعي (رحمه الله)؛ إذ المبلولة لها قيمة على حال، وهو عين ملك المالك، فليتعيّن[٤] له.

وخرّج بعض الأصحاب[٥] قولًا كذلك[٦]، وهو: أنَّه ليس له إلَّا الأرش[٧].

ومن قرّر النّص وجّه بأنَّه نقصان لا موقف لآخره حتَّى يضبط[٨]، وطرد هذا فيما لو اتخذ الحلاوي[٩] من الدقيق والسّمن والفانيذ.

= وضمنه النقصان؛ لأنَّه تعييب من وجه، من حيث إن العين باقٍ وكذا بعض المنافع قائم. «الهداية» (٤/ ٢١٢). وقد ذكروا في موضع آخر: أن المالك بالخيار، إن شاء دفع الثوب إليه وضمَّنه قيمته، وإن شاء أمسك الثوب وضمَّنه النقصان. كذا ذكره في «البحر الرائق» (٨/ ٤٤٠)، وفي «المبسوط» (١١/ ٨٦، و٢٧/ ٩٨).

(١) ورد في (ق): «الساقي».
(٢) الزيادة من (د، ط، ي).
(٣) انظر: كتاب «الأم» (٣/ ٢٢٦)، و«فتح العزيز» (١١/ ٢٩٦).
(٤) ورد في (د): «فيتعين».
(٥) ورد في (أ): «فخرّج بعض للأصحاب»، وفي (ي): «فخرّج بعض الأصحاب»، ونحوه في (د). وفي (ق): «ويخرّج»، والأولى ما أثبتناه من (ط).
(٦) ورد في (ق): «وكذلك».
(٧) قال الرافعي: ويخرّج المختصر من هذه الروايات أربعة أقوال: تغريمه كما هلك، ردّه وأرش النقصان، تخيير الغاصب، تخيير المالك. «فتح العزيز» (١١/ ٢٩٧)، وقال النووي: «رجّح الرافعي في المحرّر الأول، وهو أنَّه يجعل كالهالك ويغرّم بدل كل مغصوب من مثل أو قيمة». «روضة الطالبين» (٥/ ٣٣).
(٨) ورد في (أ): «ينضبط»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٩) ورد في (أ): «الحلوا»، وفي (د، ط): «الحلاوة»، والمثبت من (ي).

وتردّد الشيخ أبو محمد في السّلّ[١] والاستسقاء في العبد من حيث إنَّه لا وقوف له غالبًا إلى الهلاك، فهو من وجه كالإهلاك.

أمَّا إذا طحن الحنطة فلا وجه إلَّا الردّ للدقيق[٢]؛ فإنَّه ليس بإهلاك، وإن كان يقصر[٣] مدةَ الادخار.

هذا في غير العبد، أمَّا العبد فيضمن الغاصب جملته بأقصى قيمته، تلف أو أتلف.

وإن قطع إحدى يديه؛ غرّم أكثر الأمرين[٤] ـ من أرش النقص، أو مقدار اليد ـ، إن قلنا: إن أطراف العبد مقدرة، والزيادة على المقدّر[٥] للفوات تحت يده[٦].

ولو سقطت يده بآفة[٧] سماوية؛ فالأصحّ أنَّه لا يضمن المقدر؛ لأن التقدير خاصيّة الجناية.

وإن قطع يد العبد في يد الغاصب غيرُ الغاصب؛ فالمالك يتخير؛ فيطالب القاطع بالمقدر، أو الغاصب بأرش النقص.

فإن زاد المقدّر؛ فهل يطالب الغاصب بتلْكَ[٨] الزيادة؟ فيه وجهان.

---

(١) نوع من المرض يُذهب اللحم.

(٢) ورد في (د): «ردّ الرقيق».

(٣) ورد في (أ): «تقصر»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٤) ورد في (أ): «الابراء لأمرين»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٥) ورد في (ق، د): «المقدار».

(٦) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٢٩٨).

(٧) ورد في (أ): «تافة»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٨) وجد بياض في (أ)، والذي أثبتناه هو من (ق، د). وورد في (ط، ي): «بتيك»، والأصح هو المثبت.

منشؤه[١]: أنَّه وجب بجناية ولكن من غيره في يده[٢].

ولو قطعت يد العبد قصاصًا أو في حدٍّ، فهو من حيث إنَّه مُهدر[٣] يضاهي السقوط بآفة، ومن حيث إنَّه قطع يضاهي الجناية؛ ففي لزوم المقدر على الغاصب تردد[٤].

* فرعٌ: ٣٦

لو قتل العبد قتل قصاص[٥]، فاستوفى السيد القصاص؛ لم يبق له على الغاصب مطالبة بقيمته[٦]، وإن كان قيمة العبد القاتل[٧] أقل؛ لأنَّه بالاستيفاء كأنَّه استرد، فهو في حق الغاصب كالاسترداد.

ولو كان تعلق برقبة العبد مال، فهو في حق مستحق المال كالموت، حتَّى لا يجب على السيد الفداء[٨] بأن قتل[٩] قاتله؛ لأن غرض القصاص يغمر[١٠] الأغراض[١١] المالية، [وهل له أن يعفو على غير مال؟

(١) ورد في (أ): «منشأهما»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٢) والصحيح أنَّه يطالب كما نصّ عليه النووي في «الروضة» (٥/ ٣٨)، والرافعي في «فتح العزيز» (١١/ ٣٠١).
(٣) ورد في (أ): «مقدر»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٤) انظر: «روضة الطالبين» (٥/ ٣٨)، «فتح العزيز» (١١/ ٣٠١)، فلم يرجّح أحد منهما وجهًا.
(٥) ورد في (أ): «قصاصًا»، والأولى هو ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٦) ورد في (ق، ط): «بقيمة»، وفي (د): «بقيمة العبد».
(٧) ورد في (أ): «القابل»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٨) ورد في (أ): «الفدا»، والأولى ما أثبتناه من (ط).
(٩) ورد في (أ): «قيل قابله»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(١٠) ورد في (أ): «بعمر»، والمثبت هو من (ق، ط، ي).
(١١) ورد في (أ): «اعراض»، وفي (ق): «أغراض»، ونحوه في (ط، ي)، والمثبت من (د).

يبنى على القولين في موجب العمد][1].

* **المسألة الثانية:**

إذا نقص العبد بأن جنى جناية استحق عليها القصاص فقُتل[2]؛ كان للسيّد مطالبة الغاصب بأقصى قيمته[3]؛ لأنَّه فات بجناية تحت يده[4]، ولو تعلق الأرش برقبته، فيغرم الغاصب للمجني عليه أرش الجناية[5]، كما يغرمه[6] المالك إذا منع البيع، وكأنّ الغاصب مانع.

فإن مات العبد في يده بعد الجناية: يغرم للمالك قيمته، وللمجني عليه الأرش.

فإن سلّم القيمة أولًا كان للمجني عليه أخذ القيمة من المالك؛ لأنَّه بدل عبد تعلق برقبته حقه[7]، ثُمَّ إذا أخذه المجني عليه رجع المالك بما أخذه على الغاصب؛ لأنَّه لم يسلم له.

* **المسألة الثالثة:**

إذا نقل التراب من أرض المالك، وتلف التراب؛ فهو من ذوات

---

(١) الزيادة من (د)، ولم ترد في (ط، ي).
(٢) ورد في (ق): «فقيل».
(٣) ورد في (ط): «بأقصى القيمة»، وفي (ي): «بأقصى قيمة».
(٤) قال الرافعي: وكذا الحكم لو ارتد أو سرق في يد الغاصب، ثُمَّ قتل أو قطع بعد الردّ إلى المالك. «فتح العزيز» (١١/ ٢٩٨).
(٥) وهل يدفع الغاصب أرش الجناية بالغًا ما بلغ، أم بأقل الأمرين من الأرش ومن قيمة العبد فيه قولان. «فتح العزيز» (١١/ ٢٩٨).
(٦) ورد في (أ): «يغرم»، والأولى ما أثبتناه من (ق، ط، ي).
(٧) كما أن العين المرهونة إذا أتلفها متلف يتوثق المرتهن ببدلها، قال الرافعي: وحكى الشيخ أبو علي وجهًا أن القيمة المأخوذة تسلّم للمالك، ولا يطالبه المجني عليه بها وإنَّما يطالب الغاصب، والصحيح الأول. «فتح العزيز» (١١/ ٢٩٩).

الأمثال. فإن[١] كان باقيًا؛ فله أن يطالبه بالرد وتسوية الحفر. فإن أبى المالك، لم يكن للغاصب أن ينقل[٢] التراب إلى ملكه بغير إذنه؛ فإنَّه تصرُّف[٣] في ملكه، إلَّا إذا كان يتضرر بالتراب لكونه[٤] في ملكه، أو في شارع يخاف أن يتعثر[٥] به غيره ويضمن، فله أن يردّ إلى ملكه إن لم يجد مكانًا آخر.

وقد نقل العراقيون من نصّ الشافعي (رحمه الله)[٦] أنَّه يجب[٧] أرش نقصان الحفر[٨] على الغاصب. وفي البائع إذا أحدث الحفر بقلع[٩] أحجار كانت له فيه؛ أنَّه يلزمه التسوية. **ثُمَّ ذكروا طريقين:**

ـ **أحدهما**: قولان، بالنقل والتخريج: **أحدهما**: لا، من حيث أن هذا[١٠] مقابلة فعل بمثله، فهو بعيد، كتكليف[١١] بناء الجدار بعد هدمه. **والثاني**: بلى[١٢]؛ ....

(١) ورد في (أ): «وإن»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).
(٢) ورد في (د): «نقل التراب».
(٣) ورد في (أ): «يصرف»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٤) ورد في (ط، ي): «بكونه».
(٥) ورد في (أ): «تعثر»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٦) لم يرد في (ق، د، ط، ي).
(٧) ورد في (أ): «تجب»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).
(٨) ورد في (ق): «الحفرة».
(٩) ورد في (أ): «يقلع»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، ط، ي).
(١٠) ورد في (ق): «هذه».
(١١) ورد في (د): «كتلف».
(١٢) أي أن الواجب التسوية لتعود الأرض إلى ما كانت، ومهما أمكن التضمين بالمثل لا يصار إلى التضمين بالقيمة، ويفارق هدم الجدار كما تقدّم في البيع. «فتح العزيز» (١١/ ٣٠٤).

لأن التسوية كما كان ممكن[١]، والبناء يختلف.

ـ **والطريقة الثانية**[٢]: الفرق[٣]، تغليظًا على الغاصب في مطالبته[٤] بالأرش لعدوانه[٥].

أمَّا إذا حفر بئرًا في داره؛ فللغاصب طمّه[٦]؛ لأنَّه في عهدة الضمان لو تردّى فيه[٧] إنسان.

فلو قال المالك: أبرأتك عن الضمان؛ فهل ينزل ذلك منزلة الرضا بالحفر ابتداءً فيه[٨] في سقوط الضمان؟ وجهان:

فإن قلنا: نعم؛ فليس له طمّه[٩]، **وإلَّا** فله ذلك نفيًا[١٠] للعهدة.

---

(١) ورد في (أ): «يمكن»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٢) ورد في (أ): «البائية»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٣) وقد ضعّف الرافعي هذا الفرق بقوله: لكن لا متانة لهذا الفرق؛ لأن مؤنة التسوية قد تزيد على أرش النقصان الحاصل بالحفر، فلا يظهر زيادة تغليظ بإيجاب الأرش.
وأيضًا فإنا إذا أوجبنا التسوية وبقي بعد التسوية نقصان من الأرش؟ يجب أرشه، نصّ عليه الأئمة، ولا بُد منه، وإلَّا لكان الضمان دون الفائت. وإذا أوجبنا أرش النقصان الباقي بعد التسوية مع التسوية؟ لم يكن فيه تخفيف.
«فتح العزيز» (١١/ ٣٠٤).

(٤) ورد في (أ): «مقابلته»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٥) ورد في (أ): «بعدوانه»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٦) ورد في (أ): «طمّها»، والمثبت هو من (ق، د، ط، ي).

(٧) ورد في (أ): «فيها»، والمثبت هو الأولى نظرًا إلى سياق الكلام، كما أنَّه هو الموجود في (ط، ي).

(٨) «فيه» لم ترد في (ط، ي، ق، د).

(٩) ورد في (أ): «طمّها»، والمثبت هو الأولى من (ق، د، ط، ي).

(١٠) كلمة «نفيًا» لم ترد في (د).

* المسألة الرابعة:

إذا أخصى الغاصب العبد؛ يلزمه كمال قيمته[١]، فإن سقط ذلك العضو بآفة[٢]؛ فلا يلزمه شيء؛ لأن القيمة تزيد به ولا تنقص.

وكذا إذا كان سمينًا سمنًا مفرطًا فنقص بعضه وزادت به قيمته؛ لم يلزمه شيء[٣]، وإن أخذ زيتًا وأغلاه حتَّى ردّه إلى نصفه ولم ينقص قيمته؛ يلزمه مثل ما نقص؛ لأن له مِثْلًا[٤]، بخلاف السمن[٥].

ولو أغلى العصير حتَّى نقص وزنه وزادت قيمته؛ فيجب مثل ما فات.

وقال ابن سريج: لا يجب؛ لأن الفائت هو المائية التي لا قيمة لها، بخلاف الزيت، فإن[٦] جميع أجزائه[٧] متقوّمة.

ولو هزلت الجارية ثُمَّ عادت سمينة، أو نسيت الصنعة ثُمَّ عادت وتعلَّمت أو تذكّرت[٨]؛ ففي وجوب ضمان ما فات وجهان:

---

(١) هذا على القول الجديد بأن جراح العبد تتقدر، وإن قلنا على القول القديم بأنها لا تتقدر، فالواجب ما نقص من القيمة، فإن لم ينقص شيء فلا شيء عليه. «فتح العزيز» (١١/ ٣٠٥).

(٢) ورد في (أ): «تافة»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، ط، ي): وفي (د): «بآفة سماوية».

(٣) لأن السمن ليس له بدل مقدر، بخلاف الأنثيين. «فتح العزيز» (١١/ ٣٠٥).

(٤) ورد في (أ): «مثيلًا»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٥) وفيه وجه يروى عن صاحب «التلخيص»: أنَّه يرده ولا غرم عليه؛ لأن ما فيه من الزيادة والنقصان استند إلى سبب واحد فيجبر النقصان بالزيادة.

(٦) ورد في (ق): «لأن».

(٧) ورد في (أ): «إجرائه»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٨) ورد في (ط، ي): «أو نسي الصنعة ثُمَّ عاد وتعلّم أو تذكر»، بصيغة التذكير. وفي (أ) بصيغة التأنيث إلَّا قوله: (وتعلّم أو تذكّر). وفي (د) بصيغة التأنيث فقط قوله: «تذكرت»، وقد أثبتنا الصيغ كلها بالتأنيث؛ ليتوافق مع سياق الكلام =

أحدهما: أنَّه يجب[(١)] [(٢)]، وإنَّما العائد رزق جديد.

والثاني: أنَّه ينجبر[(٣)] به؛ لأنَّه ردّ كما أخذ، وفي التذكّر أولى بأن ينجبر[(٣)]؛ لأنَّه عاد ما كان بالتذكّر، بخلاف السمن.

وكذا لو كسر الحلي ثُمَّ أعاد مثل تيك الصَّنعة[(٤)]، فعلى الخلاف.

ولو أعاد صنعة أخرى؛ لا ينجبر وإن كان أرفع ممَّا كان، حتَّى لو غصب نقرة قيمتها درهم، واتخذ [منها][(٥)] حليًّا قيمته عشرة؛ وجب[(٦)] ردّ الحلي، ولا يتقوّم له صنعة؛ لأنَّه متعدٍّ بها، وللمالك أن يجبره[(٧)] على الكسر والردّ إلى ما كان.

فإن نقص بكسره قيمة النقرة؛ غرم النقصان، ولا يغرم نقصان الكسر؛ فإنه[(٨)] مجبر[(٩)] عليه.

= السابق، وليس هناك كبير فرق سواء أثبتنا ذلك بصيغة التذكير أو بصيغة التأنيث. علمًا أنَّه وردت العبارة الكاملة بصيغة التأنيث في بعض النسخ.

(١) ورد في (أ): «أنَّه تجب»، وفي (د): «يجب» بدون «أنه»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، ط، ي).

(٢) وهذا الوجه هو الأظهر فيما إذا كانت هزيلة ثُمَّ سمنت، لكنها إذا نسيت الصنعة ثُمَّ تذكرت أو تعلّمت فالأظهر هو الانجبار. انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٣٠٧ ـ ٣٠٨)، «روضة الطالبين» (٥/ ٤٢).

(٣) ورد في (أ): «يتخير»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي): ومن قوله: «به؛ لأنَّه رد. . .» إلى قوله: «بأن ينجبر» لم يرد في (ق).

(٤) ورد في (أ): «تيك الصيغة»، وفي (د): «تلك الصفة»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٥) الزيادة من (ط، ي، د)، وفي (د): «منه».

(٦) ورد في (أ): «وحبّ»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٧) ورد في (أ): «أن تخيره»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٨) ورد في (ي): «لأنه».

(٩) ورد في (أ): «مخير»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د).

ولو كسر بنفسه دون إجبار[١]؛ غرم وإن كان من صنعته[٢]؛ لأنَّه صار ملكًا للمالك تبعًا للنقرة.

ولو غصب عصيرًا فصار خمرًا؛ غرم العصير بمثله؛ لفوات ماليته[٣].

فلو انقلب خلًّا؛ **فوجهان**:

أحدهما: أنَّه يطالبه بمثل العصير، والخلّ أيضًا له، وهو رزق جديد.

والثاني: أنَّه يسترد الخلّ وأرش النقصان إن نقص قيمة الخلّ من[٤] العصير، وهذا أعدل[٥].

ومثل هذا الخلاف جار في البيضة[٦] إذا تفرّخت، والبذر إذا تعفن[٧] وصار[٨] زرعًا.

والأصل[٩] الاكتفاء بالزرع و الفرخ؛ لأنَّه استحالة في عين ملكه.

ولو غصب خمرًا فتخلّل في يده، أو جلد ميتة فدبغه؛ ففي الجلد والخل ثلاثة أوجه: **الأصح**: أنَّه للمغصوب منه[١٠].

---

(١) ورد في (أ): «إخبار»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، ط، ي)، وورد في (د): «إجباره».

(٢) ورد في (أ): «صنعه»، ونحوه في (ي)، والمثبت هو من (ط).

(٣) وذكروا أن على الغاصب إراقة الخمر، فلو جعلت محترمة كما لو تخمَّرت في يد المالك من غير قصد التخميرية لكان جائزًا. «فتح العزيز» (١١/ ٣١٠).

(٤) ورد في (د): «عن».

(٥) وقد نصّ الرافعي، والنووي على أن هذا هو الأصحّ من الوجهين. «فتح العزيز» (١١/ ٣١٠)، «الروضة» (٥/ ٤٥).

(٦) ورد في (ق): «البيض».

(٧) ورد في (ق): «تعفر».

(٨) ورد في (د): «فصار».

(٩) ورد في (أ): «الأصحّ»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، ط، ي).

(١٠) قال الرافعي: لأنَّه فرع ملكه، فعلى هذا إذا تلف في يده غرمه. «فتح العزيز» (١١/ ٣١٠).

والثاني: أنَّه للغاصب؛ إذ حدثت المالية بفعله. **والثالث**: أن الجلد للمغصوب منه، فإنَّ اختصاصه به كان محترمًا بخلاف الخمر(١).

الفَصْلُ الثَّاني

في الزيادة

وفيه خمس مسائل:

*** الأولى: زيادة الأثر:**

كما إذا غصب حنطة(٢) فطحنها، أو نقرة فصاغها، أو ثوبًا فقصّره أو خاطه، أو طينًا فضربه لَبِنًا؛ فلا يملك الغاصب بشيء(٣) من ذلك.

وقال أبو حنيفة: إذا أبطل أكثر منافعه؛ مَلَكَه(٤).

ثُمَّ لا يصير الغاصب شريكًا بسبب الصنعة؛ لأنَّه عدوان لا قيمة له، فهو للمالك، وللمالك أن يجبره(٥) على إعادته إلى ما كان إن أمكن(٦)، أو تغريمه(٧) أرش النقصان إن نقص.

---

(١) ورد في (د): «الخمرة». وانظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٣١٠).

(٢) ورد في (أ): «حنطها»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٣) ورد في (أ): «شيء»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(٤) قال السمرقندي في «تحفة الفقهاء»: «أمَّا إذا كانت زيادة حصلت بفعله ظاهرًا فهي أنواع: نوع ما يكون استهلاكًا للعين معنى، ونوع هو استهلاك من وجه، والجواب في الفعلين واحد: في أنَّه ينقطع حق المالك من العين ويصير ملكًا للغاصب، ويضمن الغاصب مثله أو قيمته» (٣/ ٩٣)، ونحوه في «بداية المبتدي» (ص٢٠٥)، «الهداية» (٤/ ١٥)، «بدائع الصنائع» (٧/ ١٤٨).

(٥) ورد في (أ): «يخيّره»، والمؤدى واحد.

(٦) ورد في (د) بزيادة «ذلك»، ولم ترد في نسخة أخرى.

(٧) ورد في (أ): «تعريفه»، وفي (ق): «يغرم»، وفي (د، ط): «تغريم»، والأولى ما أثبتناه من (ي).

* الثانية: زيادة العين:

بأن غصب ثوبًا قيمته عشرة، وصبغه بصبغ من عنده قيمته عشرة، فإن كان الثوب يساوي عشرين؛ فهو بينهما، فيباع بعشرين ويأخذ كل واحد عشرة. وإن وجد زبون[١] اشترى[٢] بثلاثين صرف؟ إلى كل واحد خمسة عشر[٣].

ولم يكن الصبغ كالخياطة؛ فإنَّ الخياطة عين العدوان، والصبغ عين مملوكة[٤].

وإن كان يُشترى بخمسة عشر؛ فلصاحب الثوب عشرة وللغاصب خمسة، والنقصان محسوب على الصبغ؛ فإنَّه تابع[٥].

ولو لم يُشترِ إلَّا بعشرة؛ فالكل لصاحب الثوب.

ولو لم يُشترِ إلَّا بثمانية[٦]؛ غرم الغاصب درهمين[٧].

وهكذا التفصيل فيما لو طيّر الريح ثوبًا وألقاه في إجّانة[٨] صبّاغ.

---

(١) ورد في (د، ط): «زبونًا».

(٢) ورد في (د): «يشتري».

(٣) ورد في (ق): «خمس عشر».

(٤) وذكر الرافعي قولًا عن صاحب «التقريب» حكاية قول عن القديم أنَّه إذا حصل بالانصباغ عين مال لم يمكن فصله عنه؛ فيفوز به صاحب الثوب تشبيهًا له بالسمن. والمذهب المشهور أنَّه ليس له ذلك. «فتح العزيز» (١١/ ٣١٤).

(٥) هذا قول الأكثرين كما ذكره الرافعي، وأضاف: وفي «الشامل» و«التتمة» أنَّه: إن كان النقصان لانخفاض سوق الثياب؛ فالنقصان محسوب من الثوب. وإن كان لانخفاض سوق الأصباغ؛ فمن الصبغ. «فتح العزيز» (١١/ ٣١٥).

(٦) ورد في (أ): «ثمانية»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٧) ورد في (أ): «لايمين»، وهو خطأ، والصواب ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٨) الإجّانة: المركن، جمعها: الأجاجين. «لسان العرب» (١٣/ ٨).

وكذلك إذا غصب الصبغ من إنسان، والثوب من إنسان، فإنَّ أثر العدوان لا يظهر في إبطال الملك من عين الصبغ، وهو عين ماله[١].

هذا كله إذا كان الفصل غير ممكن، فإن قبل[٢] الصبغُ الفصلَ فللغاصب أن يفصله[٣]، كما له أن يقلع غراسه وزرعه، وإن كان يؤدي إلى نقصان الثوب، ولكن يفصل ويغرم أرش النقصان، فإن امتنع الغاصب فللمالك أن يجبره على الفصل ويغرمه[٤] أرش نقصان الثوب؛ كما في الغرس[٥].

ونقل العراقيون عن ابن سريج أنَّه لا يجبر؛ لأنَّه يؤدي إلى تفويت الصبغ، فهو تعنت[٦] محض، بخلاف الزرع والغراس؛ لأن الصبغ يضيع[٧] بالفصل، فإن كان لا يضيع يُجبر، إلَّا إذا أظهر في الثوب نقصانًا[٨] لا يفي[٩] الصبغ المفصول به فهو أيضًا ضياع[١٠].

---

(١) ورد في (ق): «مال» من غير هاء.
(٢) ورد في (أ): «قيل»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).
(٣) ورد في (أ): «أن نفصله»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٤) ورد في (د): «يغرم»، ومن قوله: «أرش النقصان. . .» إلى قوله: «يغرمه» سقط من (د).
(٥) قال الرافعي: ويحكى هذا عن ابن خيران وأبي إسحاق في الزيادات على الشرح. «فتح العزيز» (١١/ ٣١٦).
(٦) ورد في (أ): «تعسب»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٧) ورد في (أ): «يصبع»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٨) ورد في (أ): «ظهر في ثوب نقصانًا»، وفي (ق): «أظهر الثوب»، وفي (د): «إذا ظهر في الثوب»، والأولى ما أثبتناه من (ط).
(٩) ورد في (أ): «نفى»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(١٠) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٣١٦).

* فروع [أربعة][١]:

● **أحدها**: أن بيع الثوب دون الصبغ، والصبغ دون الثوب فيه وجهان، كالوجهين في قطعة[٢] أرض لا ممرّ لها، إلَّا بأن يُشترى لها ممرّ؛ لأنَّه لا يمكن الانتفاع بأحدهما دون الآخر[٣].

● **الثاني**: إذا أراد المالك بيع الثوب، أجبر الغاصب على بيع الصبغ[٤]؛ إذ لا يرغب في الثوب دونه، فلا يعطل قيمة الثوب عليه.

ولو أراد الغاصب بيع الصبغ، فهل يجبر المالك على بيع الثوب؟ **وجهان**:

أحدهما: نعم؛ لأنهما شريكان، فلا يفترقان.

والثاني: لا[٥]؛ لأنَّه متعدٍّ بصبغة، فلا يملك الإجبار.

● **الثالث**: لو قال الغاصب: «وُهبتُ الصبغ من المالك؛ فهل يجبر على القبول؟ فيه وجهان مطلقان في طريقة[٦] العراق[٧].

---

(١) الزيادة في (د).

(٢) ورد في (ق): «بيع».

(٣) قال الرافعي والنووي: أن الأصحّ هو المنع. «فتح العزيز» (١١/٣١٨)، «روضة الطالبين» (٥/ ٥٠).

(٤) ووجهه: أن المالك إن لم يتمكن من بيع الثوب وحده؛ فامتناع الغاصب منع له من بيع ماله، وإن تمكن؛ فلا شك في عسر البيع عليه لقلة الراغبين فيه، والغاصب متعدّ، فليس له الإضرار بالمالك بالمنع من البيع وتعسيره. «فتح العزيز» (١١/٣١٨).

(٥) وهذا هو الأظهر من الوجهين، وذلك لكيلا يستحق المتعدي بتعدّيه إزالة ملك غير المتعدّي. «فتح العزيز» (١١/٣١٨)، «روضة الطالبين» (٥/ ٥٠).

(٦) ورد في (ق): «طريق».

(٧) قال النووي: **أصحهما**: أنَّه لا يجبر، ونقل عن الرافعي قوله: أقيس وأشبه. =

ووجه الإجبار: التبعية، كما في نعل الدابة المردودة بعيب قديم، إذا كان النعل للمشتري.

والوجه أن يفصل، فإن كان الصبغ معقودًا لا يمكن فصله[١]، أو قَبِل[٢] الفصلَ من غير نقصان[٣] ظاهر في الصبغ والثوب؛ فلا يجبر على القبول؛ إذ لا ضرورة للغاصب في التمليك.

وإن[٤] كان يَقبلُ الفصل وينقص[٥] قيمته، وقلنا: إنَّه يجبر على الفصل، فعند هذا له ضرورة في التمليك؛ فينقدح[٦] وجهان، ووجه الفرق بينه وبين النعل مع الاشتراك في نوع ضرورة أنَّه متعدٍّ.

● **الرابع**: لو قال المغصوب منه: أبذل[٧] قيمة الصبغ وأتملكه عليك؛ كما يفعل معير الأرض بغراس المستعير، لم يمكّن[٨] منه؛ لأنَّه قادر هاهنا على إجباره على الفصل مجانًا، أو على البيع، وبيع الثوب سهل بخلاف العقار[٩].

= انظر: «روضة الطالبين» (٥/ ٤٩). وقال الرافعي: ووجه الإجبار صيرورته كالصفة التابعة للثوب، وأيضًا فإنَّ المشتري إذا أنعل الدابة، ثُمَّ اطلع على عيبها، فردها مع النعل يجبر البائع على القبول. ووجه المنع: القياس الظاهر، ويدل عليه أنَّه لا جبر على قبول البناء والغراس إذا تركه الغاصب. وذكر القاضي الروياني أن الأول ظاهر المذهب، لكن الثاني أقيس وأشبه. «فتح العزيز» (١١/ ٣١٦).

(١) ورد في (أ): «فيجبر»، وهذه الزيادة لم ترد في نسخ أخرى.
(٢) ورد في (ق): «ومن قبل».
(٣) ورد في (أ): «النقصان»، والمثبت من (ق، د، ط، ي).
(٤) ورد في (د): «فإن».
(٥) ورد في (د): «تنقص».
(٦) ورد في (أ): «فيقدح»، والمثبت من (ط، ي).
(٧) ورد في (أ): «ابدل»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، ط، ي).
(٨) ورد في (أ): «لم يكن»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٩) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٣١٤).

* **المسألة الثالثة:**

إذا غصب أرضًا وبنى فيها [أو زرع][(١)] أو غرس؛ فحكمه[(٢)] حكم الصبغ القابل للفصل، وقد ذكرناه[(٣)].

* **[المسألة][(٤)] الرابعة[(٥)]: في الخلط:**

إذا خلط الزيت المغصوب بزيت هو ملكه؛ نصُّ الشافعي (رحمه الله) يُشير إلى[(٦)] أنَّه هلك في حق المغصوب منه؛ إذ قال: للغاصب أن يسلم إليه مثل حقه من أي موضع شاء[(٧)]، وقياس مذهبه: أن يتعين فيما خلطه به، وأن يصيرا شريكين[(٨)]؛ إذ ليس للمالك بأن يقدر هلاك زيته بأولى من الغاصب، ولا أثر لفعل الغاصب عند الشافعي (رحمه الله).

فمن الأصحاب من قرّر النصّ وقال: الذايب إذا اختلط بالذايب[(٩)] أنَّه

---

(١) الزيادة من (ق، د، ط، ي).

(٢) ورد في (أ): «بحلمه»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٣) وملخص القول كما قاله النووي في «الروضة»: إذا أمكن فصله عن الثوب؛ فقد حكي قول عن القديم أنَّه إن كان المفصول لا قيمة له فهو كالسمن، والمشهور أنَّه ليس كالسمن فلا يفوز به المغصوب منه، وهل يملك إجبار الغاصب على فصله؟ وجهان: **أصحهما عند العراقيين**: لا. **وأصحهما عند البغوي وطائفة**: نعم. واختاره الإمام ونقل القطع به عن المراوزة. «روضة الطالبين» (٥/ ٤٨)، «فتح العزيز» (١١/ ٣١٦).

(٤) الزيادة من (ق، د، ط، ي).

(٥) ورد في (أ): «الرابع»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٦) ورد في (أ): «على»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٧) انظر: «الأم» (٣/ ٢٥٤)، «المجموع» (١٤/ ٢٥٤).

(٨) ورد في (أ): «شركين»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٩) ورد في (أ): «الزيت إذا اختلط بالزيت»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي): وهو المنصوص في «فتح العزيز» للرافعي (١١/ ٣٢٣).

انقلب. وهذا تعليل الشافعي. والإشكال[١] قائم؛ إذ الخلط من الجانبين، فلِمَ كان الهالك[٢] مِلك المغصوب منه.

ومنهم من خرّج قولًا على القياس وطرّد قولين، ومنهم من قطع بأنَّه لو خلط بمثله فهما شريكان، ولو خلط بالأجود أو الأردى فقولان[٣].

* **التفريع:**

إن قلنا: هلك حقه؛ فيغرم المثل من أين شاء. فإن سلّم ما هو أردى[٤]؛ فله الرد. وإن سلّم ما هو أجود؛ فعليه القبول.

وإن[٥] قلنا: يبقى ملكه؛ فلو خلط بالمثل؛ قسم بينهما. وإن خلط مكيلة قيمتها درهم بمكيلة قيمتها درهمان؛ فتباع المكيلتان، ويقسم على نسبة الملك.

فلو قال المالك: آخذ ثلثي[٦] مكيلة عن حقي، فنصُّ الشافعي (رحمه الله) المنع؛ لأنَّه ربا[٧]. ونقل البويطي الجواز[٨]،

---

(١) ورد في (د): «فالإشكال».

(٢) ورد في (أ): «الهلاك»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٣) **أحدهما**: أنَّه كالهالك فيعطيه الغاصب قدر حقه من أي مكان شاء. **والثاني**: أنهما يشتركان في المخلوط. وانظر لمزيد من التفصيل: «روضة الطالبين» (٥/ ٥٢)، «فتح العزيز» (١١/ ٣٢٢ _ ٣٢٣).

(٤) ورد في (أ): «الأزدى»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ي)، وفي (ط): «الأردى».

(٥) ورد في (د، ط): «فإن».

(٦) ورد في (أ): «يلى»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٧) ورد في (أ): «ربو»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٨) قال الرافعي: فإن أراد قسمة عين الزيت على نسبة القيمة فالظاهر أنَّه لا يجوز؛ لأنَّه يكون أخذ ثلثي صاع لجودته في مقابلة صاع وهو ربا، وعن رواية =

وكأنه[١] أسقط بعض حقه، وسمح عليه بصفة الجودة في الباقي، وهو بعيد.

* **فروع [أربعة][٢]:**

أحدها: خلط الدقيق كخلط[٣] الزيت.

الثاني: خلط الزيت بجنس[٤] آخر كالشيرج؛ فيه طريقان: منهم من قطع بأنَّه كالهالك، ومنهم من طرَّد الخلاف[٥].

الثالث: خلط ماء الورد بالماء، فإن بطلت رائحته؛ فإهلاك، وإلَّا فهو خلط بغير[٦] الجنس.

الرابع: خلط الحنطة البيضاء بالحمراء، أو السمسم بالكتان؛ فعليه التمييز وإن تعب فيه؛ لأنه[٧] متعد [فيه][٨].

= البويطي: أنَّه يجوز، وبني ذلك على أن القسمة إفراز حق لا بيع. «فتح العزيز» (١١/ ٣٢٤).

(١) ورد في (د، ط): «فكأنه».
(٢) الزيادة من (د).
(٣) ورد في (د): «كالزيت».
(٤) ورد في (أ): «بحبس»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٥) قال الرافعي: إذا خلط المغصوب بغير جنسه، كما لو خلط زيتًا بشيرج أو دهن بان أو دهن جوز، أو خلط دقيق حنطة بدقيق شعير، فالمغصوب هالك لبطلان فائدته وخاصيته باختلاط غير الجنس به، بخلاف الجيد مع الرديء، ومنهم من جعله على الخلاف السابق. «فتح العزيز» (١١/ ٣٢٥).
(٦) ورد في (د): «بعين».
(٧) ورد في (أ): «فإنه»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).
(٨) الزيادة في (د).

* المسألة الخامسة: في التركيب:

فإذا غصب ساجة وأدرجها في بنائه؛ نُزعت[١]، وهُدم عليه[٢] بناؤه، خلافًا لأبي حنيفة[٣].

ولو غصب لوحًا وأدرجه[٤] في سفينة؛ فكمثل، إلَّا إذا كان فيه حيوان محترم، أو مال لغير الغاصب، وأدّى نزعه إلى فواته؛ فيغرم الغاصب القيمة في الحال؛ للحيلولة، ويؤخر[٥] نزعه إلى أن ينتهي إلى الساحل، وإن[٦] لم يكن فيه إلَّا مال الغاصب؛ **فوجهان**:

أحدهما: لا يبالى[٧] به؛ فإنَّه متعدٍّ، ولذلك نخسره[٨] في مؤنة الرد مالًا، وهذا كمؤنة الرد.

---

(١) ورد في (أ): «نزع»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٢) «عليه» لم ترد في (ق).

(٣) مذهب الحنفية أن من غصب ساجة فبنى عليها؛ زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها. كذا في «الهداية» (٤/ ١٦)، وقال السرخسي: وكذلك لو غصب ساجة أو خشبة وأدخلها في بنائه، أو آجرًا فأدخله في بنائه، أو جصًّا فبنى به؛ فعليه في كل ذلك قيمته عندنا، وليس للمغصوب منه نقض بنائه، والإمام زفر من الحنفية مع الشافعية في هذه المسألة. «المبسوط» (١١/ ٩٣)، «البحر الرائق» (٨/ ١٣١)، «تحفة الفقهاء» (٣/ ٩٣)، «بدائع الصنائع» (٧/ ١٤٩).

(٤) ورد في (أ): «أدرجها»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٥) ورد في (د): «أو يؤخر».

(٦) ورد في (د): «فإن».

(٧) وهذا هو الأصح عند الإمام، قال الرافعي: **أصحهما عند الإمام**: النزع، كما يهدم البناء لرد الساجة ولا يبالى بما يضيع عليه. «فتح العزيز» (١١/ ٣٢٦).

(٨) ورد في (أ): «وكذلك تخسر»، وفي (د): «يخسر»، والأولى هو المثبت من (ط، ي).

والثاني: أنَّه يؤخر[١]؛ لأن ماله محترم في غير محلّ العدوان، بخلاف البناء على الساجة فإنَّه عدوان، بخلاف مؤنة الرد، فإنَّه سعي في الخروج عن الواجب.

أمَّا إذا غصب خيطًا، وخاط به جرحَ حيوان محترم، وخيف من النزع[٢] الهلاك، فلا تجب إلَّا القيمة. وكل حيوان متموّل لا يؤكل لحمه فهو محترم. وفيما يؤكل لحمه خلاف[٣]؛ لأن ذبحه ممكن ولكنه لغير[٤] مأكلة، وهو منهي[٥] عنه.

وأمَّا الخنزير والكلب العقور فينزع منه.

وفي العبد المرتد والميت خلاف[٦]؛ لأن المثلة فيهما أيضًا محذور، فلا يبعد أن يقاوم غرض[٧] الاختصاص بمالية العين[٨].

---

(١) وهذا هو الأصح عند ابن الصباغ وغيره، فلا ينزع؛ لأن السفينة لا تدوم في البحر فيسهل الصبر إلى انتهائها إلى الشط بخلاف الساجة المدرجة في البناء، فإنَّ البناء للتأبيد. . . . «فتح العزيز» (١١/ ٣٢٦).

(٢) ورد في (د): «نزعه».

(٣) فإن كان لغير الغاصب لم ينزع، وإن كان للغاصب ففيه قولان: **أحدهما**: أنَّه يذبح ويرد الخيط لأنَّه جائز الذبح وبذبحه يصل الحق إلى المستحق، **وأظهرهما**: المنع، كما في غير المأكول؛ لأن الحيوان حرمته في نفسه. «فتح العزيز» (١١/ ٣٢٧) باختصار.

(٤) ورد في (أ): «بغير»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٥) ورد في (أ): «منهي»، وفي (ق): «ومنهي»، والمثبت هو من (د، ط، ي)، ولعله هو الصحيح.

(٦) قال الرافعي: «الأوجه المنع؛ لأن المثلة بالمرتد محرمة، وليست كالمثلة بالميت. . . والذي أجاب به الأكثرون أن المرتد غير محترم؛ فينزع الخيط منه، وكذا الحربي». «فتح العزيز» (١١/ ٣٢٨).

(٧) ورد في (أ): «تعام وعرض»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٨) ورد في (د): «الغير».

ولو كان يخاف من نزع الخيط من الآدمي طول الضّنى وبقاء الشّين[١]، ففيه[٢] خلاف كمثله في العدول[٣] إلى التيمّم عن الوضوء.

وحيث منعنا النزع، فيجوز الأخذ ابتداءً من مال الغير إذا لم يجد[٤] غيره، وإن تعدّى في الابتداء وصار إلى حال يخاف النزع، فلا ينزع[٥] الآن للضرورة.

* **فرعان**[٦]:

أحدهما: فصيل أدخله في بيته وكبُر[٧] فيه، ينقض بناؤه ويخرج؛ لأنَّه متعدٍّ، وإن دخل بنفسه، فيخرج لحقّ الحيوان، وهل يغرم صاحب الفصيل أرش النقض لتخليص ملكه؟ فيه خلاف[٨].

وكذا إذا سقط دينار في محبرة بقصد صاحب المحبرة أو[٩] بغير قصده، فهو كالفصيل[١٠].

---

(١) ورد في (د): «شين».

(٢) ورد في (أ): «فيه»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٣) ورد في (أ): «العدوان»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٤) ورد في (أ): «تجد»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٥) ورد في (أ): «نزع»، والأولى ما هو المثبت من (ط، ي). وانظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٣٢٩).

(٦) ورد في (أ): «فروع»، والأولى هو ما أثبتناه من (ط)؛ نظرًا إلى سياق الكلام.

(٧) ورد في (أ): «كبر منه»، وفي (د): «فكبر فيه»، والمثبت هو من (ط، ي).

(٨) قال العراقيون: نعم، وهو ظاهر المذهب؛ لأنَّه إنَّما نقض لتخليص ملكه، «فتح العزيز» (١١/ ٣٢٩).

(٩) ورد في (أ): «و»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(١٠) وأشكل عليه الرافعي بقوله: لكنّ التوجيه الذي مرّ لا يجيء هاهنا. وقال ابن الصباغ: إذا لم يفرط واحد منهما، وضمن صاحب المحبرة الدينار ينبغي أن يقال: لا تكسر المحبرة؛ لزوال الضرر بذلك. وهذا الاحتمال عائد في صورة البيت والفصيل. «فتح العزيز» (١١/ ٣٢٩ ـ ٣٣٠).

الثاني: زوج[١] خُف يساوي عشرة، غصب غاصب فَرْدَ خفٍّ[٢]، وقيمة الباقي ثلاثة؛ **فيه ثلاثة أوجه**:

أحدها: أنَّه يغرم سبعة؛ لأن ما أخذه يساوي ثلاثة، والباقي فات بأخذه[٣].

والثاني: يغرم ثلاثة؛ لأنَّه قيمة ما أخذه، فليشترِ به المالك فردَ خف؛ ليعود كمال قيمته.

والثالث: يغرم خمسة توزيعًا[٤] لنقصان الانفراد، فإنَّه لو أتلف غيره الفرد الثاني لوجب التسوية بينهما[٥].

الفَصْلُ الثَّالث

في تصرُّفات الغاصب

والنظر في طرفين:

*** الأول: في الوطء:**

فإذا باع الجارية المغصوبة[٦] فَوَطِيهَا[٧] المشتري؟ إن كان عالمًا

---

(١) ورد في (د): «زوجي».
(٢) ورد في (د): «أحدهما».
(٣) ورد في (أ): «تاخده»، وفي (ق): «أخذه»، والمثبت من (د، ط، ي).
(٤) ورد في (أ): «توديعًا»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٥) والأول هو الراجح عند صاحب الكتاب، وبه قال الشيخ أبو حامد. وقال الإمام وصاحب «التهذيب»: الأظهر هو الثالث.
(٦) ورد في (أ): «جارية مغصوبة»، والمثبت هو الوارد في معظم النسخ، (ق، د، ط، ي).
(٧) ورد في (أ): «فوطها»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

بالغصب؛ لزمه الحدّ، ويلزمه[١] المهر إن كانت الجارية مستكرهة، وإن كانت راضية فوجهان:

أحدهما: يجب[٢]؛ لأن المهر للسيد، فلا أثر لرضاها، بخلاف الحرّة.

والثاني: لا[٣]؛ لقوله عليه السَّلام: «**لا مهر لبغيّ**[٤]»[٥] وهذا عام.

ثُمَّ إن وطئ على ظنّ [الجواز][٦] فلا يلزمه إلَّا مهر واحد ـ وإن وطئ مرارًا ـ ما دامت الشبهة متحدة؛ اعتبارًا لسبب الحرمة بالنكاح الذي هو الأصل.

وإذا أوجبنا[٧] المهر في صورة الاستكراه ووطئ مرارًا؟ تردّد

---

(١) ورد في (أ): «تلزمه»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٢) ورد في (أ): «تجب»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٣) وهو الأظهر والمنصوص أنَّه لا يجب؛ لأنها زانية ساقطة الحرمة، فأشبهت الحرة إذا زنت طائعة. ذكره الرافعي في «فتح العزيز» (١١/ ٣٣٢)، والنووي في «روضة الطالبين» (٥/ ٦٠).

(٤) ورد في (أ، ي): «لبغية»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط).

(٥) لم أجده في كتب السنن بهذا اللفظ، وكذا ذكره الرافعي كما نقله عنه الحافظ ابن حجر في «التلخيص» (٣/ ٥٥: ١٢٧٣)، وابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» (٢/ ١٠٠: ١٦٢٧)، وإنَّما ورد هذا الخبر بلفظ: «**أن النبي ﷺ نهى عن مهر البغي**»، وحديث النهي عن مهر البغي متفق عليه من حديث أبي مسعود. «صحيح البخاري» كتاب البيوع (٢٢٣٧)، كتاب الإجارة (٢٢٨٢)، كتاب الطلاق (٥٣٤٦)، كتاب الطب (٥٧٦١)، «صحيح مسلم» كتاب المساقاة (١٥٦٧)، ورواه الترمذي في «سننه» كتاب النكاح (١١٣٣)، كتاب البيوع (١٢٧٦)، والنسائي في «سننه» كتاب الصيد (٤٢٩٢)، وأبو داود في «سننه» كتاب البيوع (٣٤٢٨، ٣٤٨١)، وابن ماجه في «سننه» كتاب التجارات (٢١٥٩)، ومالك في «الموطأ» (١٣٦٣).

(٦) الزيادة من (ط).

(٧) ورد في (أ): «أوجنا»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

[فيه][(١)] الشيخ أبو محمد، وميل الإمام[(٢)] إلى التعدّد[(٣)]؛ لأن مستنده الإتلاف لا الشبهة، وقد تعدّد الإتلاف. وهل للمالك مطالبة الغاصب بالمهر، فإنَّه وجب بالوطء في يده؟ فيه تردد؛ من حيث إن اليد لا تثبت[(٤)] على منافع البضع، وهذا بدله.

أمَّا الولد؟ فهو رقيق إن كان عالمًا، ولا نسب له؛ فإنَّه ولد الزنا.

فإن انفصل حيًّا؛ انفصل من ضمانه، فإن مات ضمنه. وإن انفصل ميتًا؛ فالأظهر أنَّه لا يضمن؛ لأنَّه لم يستيقن حياته[(٥)] [(٦)]، بخلاف ما إذا انفصل ميتًا بجناية جانٍ، فإنَّه يُحال الموت على السبب الظاهر. وفيه وجه: أنَّه يضمن؛ لأنَّه فات[(٧)] تحت يده، بخلاف الولد لو كان حرًّا عند الجهل[(٨)]، وانفصل ميتًا، فإنَّ اليد لا تثبت على الحر.

وعلى هذا لا يمكن أن يغرم عُشر قيمة الأم؛ لأنَّه فوات بآفة سماوية، والتقدير نتيجة[(٩)] الجناية، فيلزم أن يغرم كل قيمته

---

(١) الزيادة من (د، ط، ي).

(٢) ورد في (أ): «الأصحاب»، والصحيح ما هو المثبت من (د، ط، ي)، وورد في (ق): «الأصحاب مام».

(٣) وهو الأصحّ كما نصّ عليه الرافعي، والنووي. «فتح العزيز» (١١/ ٣٣٤)، «روضة الطالبين» (٥/ ٦١).

(٤) ورد في (أ): «يثبت»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(٥) ورد في (أ): «حيوته»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٦) ذكر الرافعي أن ظاهر النصّ هو الوجوب لثبوت اليد عليه تبعًا لثبوت اليد على «الأم»، ويحكى هذا عن الأنماطي وأبي الطيب بن سلمة، واختاره القفال. وأمَّا القول بالمنع فقد قال به أبو إسحاق، واختاره الشيخ أبو محمد والإمام وصاحب «التهذيب». «فتح العزيز» (١١/ ٣٣٥).

(٧) ورد في (ي): «مات».

(٨) ورد في (أ): «الجمل»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٩) ورد في (د): «تنتجه».

بتقدير حياته[١]، وكذلك في البهيمة وهو بعيد، أمَّا إذا كان جاهلًا؛ فالولد حر، وعلى المشتري قيمة الولد فإنَّه فات بظنه[٢].

فإن انفصل ميتًا فلا شيء عليه؛ لأنَّه لم يتيقن حياته، فإن[٣] انفصل [ميتًا][٤] بجناية جانٍ وجب الغرة للمشتري الذي هو الأب، فيجب الضمان عليه أيضًا؛ لأنَّه ما فات هدرًا.

وفي قدر الضمان وجهان:

أحدهما: أنَّه أقلّ الأمرين من قيمة الغرة الواجبة[٥] له، أو عشر قيمة الأم.

والثاني: أنَّه يلزمه[٦] عُشر قيمة الأم.

وذكر الشيخ أبو محمد وجهًا: أنَّه يردد[٧] النظر بين[٨] الغُرّة وبين[٩] كل قيمة الولد. وهذا متجه على [القول][١٠] القديم في أن جراح العبد لا يتقدر، ويتجه هاهنا من حيث إنَّه يضمن المشتري للفوات تحت يده، والتقدير يختص[١١] بالجناية.

---

(١) ورد في (أ): «تقدير حيوته»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).
(٢) ورد في (أ): «لطنه»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٣) ورد في (ي): «وإن».
(٤) الزيادة من (ط، ي).
(٥) ورد في (ي): «الواجب».
(٦) ورد في (أ): «يلزم»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).
(٧) ورد في (أ، ي): «تردد»، والأولى ما أثبتناه من (ط).
(٨) (٩) ورد في (أ): «من»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(١٠) الزيادة من (ط، ي).
(١١) ورد في (أ): «يخصص»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

* **الطرف الثاني: فيما يرجع به المشتري[١] على الغاصب:**

إن كان عالمًا لم يرجع بشيء؛ لأنَّه غاصب مثله وتلف تحت يده.

وإن كان جاهلًا؛ فلا يرجع بقيمة العين إن تلف [تحت][٢] يده؛ لأنَّه دخل فيه على شرط الضمان.

ونقل صاحب «التقريب» قولًا في القدر الزائد على الثمن؛ أنَّه يرجع به.

أمَّا زيادة القيمة قبل قبض المشتري؛ لا يطالب [به][٣] المشتري بحال، وإنَّما يطالب به الغاصب.

وأمَّا أجرة المنفعة التي فاتت تحت يده يرجع بها، وما فات باستيفائه؛ فيخرَّج على قولي الغرور مع مباشرة الإتلاف.

وكذا مهر المثل إذا غرمه بالوطء [فإنه][٤] متلف، والغاصب غار، والمتزوج[٥] من الغاصب لا يرجع بالمهر؛ لأنَّه دخل على قصد ضمان البضع، ويرجع المشتري بقيمة الولد؛ لأن الشراء لا يوجب ضمانه، وكذا الزوج[٦].

---

(١) ورد في (أ): «للمشتري»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٢) الزيادة من: (ق، د، ط، ي).

(٣) الزيادة من: (د، ط، ي).

(٤) الزيادة من: (ق، د، ط، ي).

(٥) ورد في (ق): «الزوج».

(٦) قال الرافعي: إذا غرمه بالوطء ففي الرجوع بالمهر قولان: **أحدهما**: يرجع؛ لأن الغاصب قد غره، ولم يشرع على أن يضمن المهر والأجرة. **وأصحهما**: وهو قوله الجديد، وبه قال أبو حنيفة: أنَّه لا يرجع؛ لأن نفعه عاد إليه، ولأنَّه أتلف المنفعة، وحوالة الضمان على مباشر الإتلاف أولى. «فتح العزيز» (١١/ ٣٤٤).

ولو بنى فقُلع[١] بناؤه؛ فالأظهر أنَّه يرجع بأرش نقض الهدم على الغاصب؛ لأنَّه فات بغروره، وإليه ميل القاضي[٢].

وفيه وجه: أنَّه متلف بالبناء؛ فلا يرجع. ولا خلاف أنَّه لا يرجع بما أنفق؛ لأن ذلك يتفاوت[٣] فيه الناس.

ولو تعيّب[٤] المغصوب في يد المشتري؟

نصّ الشافعي (رحمه الله)[٥]: أنَّه يرجع.

قال المزني: هو خلاف قياسه؛ لأن الكل من ضمانه حتَّى لم يرجع فيه، فكيف يرجع بالأجزاء؟ فمن الأصحاب من وافق، وذهب ابن سريج إلى تقرير النصّ، وهو أن ضمان المشتري ضمان عقد، والعقد لا يوجب ضمان الأجزاء، وكذلك إذا تعيّب[٦] قبل القبض وجب الإجارة بكل الثمن[٧].

(١) ورد في (أ): «يقلع»، والصحيح ما أثبتناه من (ق ط، ي).
(٢) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٣٤٦).
(٣) ورد في (أ): «تتفاوت»، والمثبت من (د، ط، ي)، والمعنى واحد.
(٤) ورد في (أ): «يغيب»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٥) لم يرد في (ق، د، ط، ي).
(٦) ورد في (أ): «يعيب»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٧) قال الرافعي: إن تعيّب المغصوب عند المشتري بعمى أو شلل أو نحوهما يُنظر: إن كان بفعْل المشتري فيستقر ضمانه عليه، وكذا لو أتلف الكل. وإن كان بآفة سماوية فقولان: **أحدهما**؛ عن تخريج المزني وغيره: أنَّه لا يرجع على الغاصب بضمانه، كما لا يرجع بالقيمة عند هلاك الكل تسوية بين الجملة والأجزاء. وبهذا أجاب العراقيون بل أكثر الأصحاب. **والثاني**، وينسب إلى نص الشافعي (رضي الله عنه): أنَّه يرجع. «فتح العزيز» (١١/ ٣٤٣).

ولو باع عبدًا بجارية، ثُمَّ ردّ الجارية بالعيب، والعبد معيب بعيب حادث؛ لم يجز له طلب الأرش معه، بل عليه أخذه أو أخذ قيمته، فلا يضمن أجزاؤه[١] مع ردّ عينه.

فرعٌ:

نقصان الولادة عندنا لا ينجبر بالولد، خلافًا لأبي حنيفة[٢] (رحمه الله)[٣].

❑ ❑ ❑

(١) ورد في (ق، د): «أجراه».

(٢) مذهب الحنفية: أن نقصان الولادة ينجبر بالولد، نصّ عليه علماء الحنفية، قال المرغيناني في «الهداية» (٤/ ١٩). «وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب، فإن كان في قيمة الولد وفاء؛ انجبر النقصان بالولد، وسقط ضمانه عن الغاصب». كذا ذكره السرخسي في «المبسوط» (١٣/ ٢٢)، والسمرقندي في «تحفة الفقهاء» (٣/ ٩٧)، والكاساني في «بدائع الصنائع» (٥/ ٣٠٢).

(٣) لم يرد في (ق، ط، ي)، وورد في (أ): (رحمه الله عليه)، والمثبت هو من (د).



[٣١]
كتابُ الشفعة

وفيه ثلاثة أبواب(١).

(١) قوله: «وفيه ثلاثة أبواب» سقط من (ق).
والشفعة في اللغة: من الشفع وهو الضم. والشفيع: صاحب الشفعة وصاحب الشفاعة، وقيل: من شفعت الشيء إذا ضممته وثنَّيته، ومنها شفع الأذان، وسمّيت شفعة: لضم نصيب إلى نصيب، والشفع ضدّ الوتر.
قال ابن منظور: الشفع خلاف الوتر، والشفعة هي الزّيادة، وهو أن يشفّعك فيما تطلب حتَّى تضمّه إلى ما عندك فتزيده، وتشفعه بها أي: أن تزيده بها، أي: أنَّه كان وترًا واحدًا فضمّ إليه ما زاده وشفعه به. انظر: «لسان العرب» (٨/ ١٨٤)، «تحرير ألفاظ التنبيه» (ص٢١٢)، «المطلع» للبعلي (١/ ٢٧٨).
وفي الاصطلاح: عبارة عن تملك عقار على مشتريه جبرًا بمثل ثمنه، وقيل: «هي تملُّك شرعي لعقار على من أخذه بعوض مالي جبرًا شرعيًّا بمثل ثمنه» وعرَّفها الجرجاني بقوله: «هي تملُّك البقعة جبرًا بما قام على المشتري بالشركة والجوار». «الحدود والأحكام» للبسطامي (ص١٠٧)، «التعريفات» (ص١٦٨).
وعرَّفها الشافعية بقولهم: «حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض». «فتح الوهاب» (١/ ٤٠٦)، «مغني المحتاج» (٢/ ٢٩٦).
والأصل فيها ما رواه البخاري وغيره عن جابر بن عبد الله (رضي الله عنهما) قال: «قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصُرفت الطرق =

. . . .

* * *

= فلا شفعة». «صحيح البخاري» كتاب البيوع (٢٢١٣)، وكتاب الشفعة (٢٢٥٧)، وكتاب الشركة (٢٤٩٦)، ومسلم في «صحيحه» كتاب المساقاة (١٦٠٨)، والنسائي في «سننه» كتاب البيوع (٤٧٠٥)، وابن ماجه في «سننه» كتاب الأحكام (٢٤٩٧)، ومالك في «الموطأ» (١٤٢٠).

وقد أجمع أهل العلم على القول به، قال الماوردي: «والحكم بالشفعة واجب بالنص والإجماع، إلَّا من شذ عن الكافة من الأصم وابن علية، فإنهما أبطلاها ردًّا للإجماع، ومنعًا من خبر الواحد، وتمسُّكًا بظاهر قول النبي ﷺ: «**لا يحل مال امرئ مسلم إلَّا بطيب نفس منه**». وهذا خطأ فاحش من قائله؛ لأن ما روي في الشفعة وإن لم يكن متواترًا فالعمل به مستفيض يصير به الخبر كالمتواتر، ثُمَّ الإجماع عليه منعقد، والعلم بكونه شرعًا واقع...». «الحاوي» للماوردي (٧/ ٢٢٧).

وانظر لمعرفة إجماع العلماء: «الإشراف» (٢/ ٥)، «الاستذكار» (٢١/ ٢٦٢)، «الإقناع في مسائل الإجماع» (٣/ ١٦٩٩ ـ ١٧٠٠).

البابُ الأوَّل
في أركان الاستحقاق

وهي ثلاثة[١]: المأخوذ، والآخذ، والمأخوذ منه.

الركن الأول: المأخوذ

وهو: كل عقار ثابت يُجبر[٢] فيه على القسمة.

* **أمَّا قولنا**: «عقار»: احترزنا به عن المنقولات، فلا شفعة فيها؛ إذ لا يتأبد الضرار فيها، فلم يكن في معنى العقار.

نعم، يستتبع العقار الجدران[٣] والأشجار لاتصالها بها على التأبيد[٤].

ولا يتعلق حق الشفيع بالثمار المؤبرة، سواء[٥] تأبَّرت بعد العقد، أو حال العقد مهما كانت مؤبرة عند الآخذ[٦].

---

(١) قوله: «في أركان الاستحقاق وهي ثلاثة» سقط من (ق).
(٢) ورد في (أ): «محبر»، وفي (ي): «مُجبر»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط).
(٣) ورد في (أ): «الجدرات»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).
(٤) قال الرافعي: وإن بيعت الأبنية والأشجار مع الأرض إمَّا صريحًا أو على قولنا أن الأرض تستتبعها؛ ثبتت الشفعة فيها تابعة للأراضي كما سبق من الأخبار، فإنَّ لفظ «الربع» يتناول الأبنية، ولفظ «الحائط» يتناول الأشجار. «فتح العزيز» (١١/ ٣٦٧).
(٥) ورد في (د): «وسواء».
(٦) لأنها لا تدوم في الأرض، بل يأخذ الشفيع الأرض والنخيل بحصتها من الثمن، وعن مالك وأبي حنيفة إثبات الشفعة فيها تبعًا. «فتح العزيز» (١١/ ٣٦٧).

وإن[1] لم تكن مؤبّرة؛ فقولان، سواء كانت موجودة حالة[2] العقد، أو وجدت بعده، إذا بقيت عند الآخذ[3] غير مؤبّرة:

أحدهما: يأخذه الشفيع[4]؛ لأن ما يتبع في العقد يتبع في الشفعة، كأغصان الشجرة.

والثاني: لا؛ لأن الأغصان تبقى، فهي في معنى الثوابت، بخلاف الثمار.

* **وأما قولنا: «يجبر فيه[5] على القسمة»**: احترزنا به عن الحمام، والطاحونة[6]، والبير التي يسقى[7] بها النواضح إذا كانت[8] صغيرةً فلا شفعة فيها؛ إذ ليس فيها ضرار مؤنة القسمة وتضييق [المرافق][9]، وهو مناط الشفعة، ولأجله لم يثبت للجار.

وقال ابن سريج[10]: تثبت فيه الشفعة؛ لضرار المداخلة على التأبيد.

---

(١) ورد في (د): «فإن».
(٢) ورد في (ق): «عند»، وفي (د): «حال».
(٣) ورد في (ق): «العقد».
(٤) وهذا هو الأصحّ من القولين، نصّ عليه النووي، ونقله الرافعي عن صاحب «التهذيب». «فتح العزيز» (١١/ ٣٦٨)، «الروضة» (٥/ ٦٩).
(٥) ورد في (أ): «فأمّا قولنا مجبر فيه»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).
(٦) ورد في (د، ط، ي): «الطاحون».
(٧) ورد في (أ): «يستقى»، وفي (ق، د، ط، ي): «البئر الذي يسقى».
(٨) ورد في (ق، د، ط، ي): «كان صغيرًا».
(٩) الزيادة من (ط، ي).
(١٠) وبه قال أبو حنيفة، واختاره أبو خلف السلمي، والقاضي الروياني. «فتح العزيز» (١١/ ٣٨٢ ـ ٣٨٣).

ونعني بالمنقسم[(١)]: ما تبقى منفعته بعد القسمة، ولو على تضايق، فيبقى حمامًا وطاحونة[(٢)].

وقيل: المعنى أن تبقى فيه منفعة ما ولو للسكون.

وقيل: أن تبقى تلك المنفعة من غير تضايق، كالدار الفيحاء، وعرصة الأرض، والوجهان بعيدان[(٣)].

* فروع [ثلاثة][(٤)]:

* **أحدها**[(٥)]: مَن له في[(٦)] الدار الصغيرة عُشرها؟ ليس له إجبار صاحبه على القسمة؛ لأنَّه تعنت من غير فائدة؛ فلا جرم[(٧)] لا شفعة لصاحبه إذا باع العُشر. وهل يجبر صاحب العُشر على القسمة ولصاحب الكثير غرض؟ [فيه][(٨)] وجهان[(٩)]، فإن منع فلا شفعة من الجانبين.

---

(١) ورد في (ق): «المنقسمة».
(٢) ورد في (د): «أو طاحونة».
(٣) قال الرافعي: **وأصحّها**: أنَّه الذي إذا قسم أمكن أن ينتفع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة، ولا عبرة بإمكان الانتفاع به من وجه آخر؛ للتفاوت العظيم بين أجناس المنافع. «فتح العزيز» (١١/ ٣٨٤ ـ ٣٨٥).
(٤) الزيادة في (د).
(٥) هكذا ورد في (أ، ط، ي)، ولم يرد في (ق).
(٦) هكذا في (ط، د).
(٧) هكذا ورد في النسخ المتوفرة لدينا. قال في «الروضة» (٥/ ٧١): «ولو اشترك اثنان في دار صغيرة، لأحدهما عشرها، وللآخر باقيها، فإن أثبتنا الشفعة فيما لا ينقسم، فأيهما باع فلصاحبه الشفعة، وإن منعناها فباع صاحب العشر فلا شفعة لصاحبه».
(٨) الزيادة في (د).
(٩) الظاهر أن صاحب النصيب الأوفر إذا طلب القسمة وهو منتفع بها؛ فإنَّه يجاب. كذا ذكره الرافعي في «فتح العزيز» (١١/ ٣٨٨)، والنووي في «روضة الطالبين» (٥/ ٧١).

* **الثاني**: الأشجار إذا بيعت مع قرارها دون البياض[١] المتخلِّل بينها؟ في[٢] ثبوت الشفعة للشريك فيها ـ وكذا الجدار العريض إذا بيع مع الأس ـ وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنَّه بيع مع الأرض، فصار كالباغ والدار.

والثاني: لا[٣]؛ لأن الأرض فيه تبع، والمتبوع[٤] منقول، والعبرة للمتبوع، لا للتابع.

* **والثالث**: دار سفلها لواحد وعلوها مشترك؟ إن كان السقف لصاحب السفل فلا شفعة في العلو؛ لأنَّه لا أرض له فلا ثبات[٥]. وإن كان السقف لشركاء العلو؛ فوجهان[٦].

ووجه المنع أنَّه لا أرض له، والسقف لا ثبات له.

الركن الثاني: الآخذ[٧]

وتثبت الشفعة لكل[٨] شريك في الدار، وإن كان كافرًا، إلَّا إذا كانت[٩] شركته بالوقف.

---

(١) ورد في (ق): «البنا».

(٢) ورد في (أ): «وفي»، والصحيح ما ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٣) وهذا هو الأصح والأشبه كما نصّ عليه كل من النووي، والرافعي وغيرهما. «فتح العزيز» (١١/ ٨٧٠)، «الروضة» (٥/ ٧٠).

(٤) ورد في (أ): «المتبرع»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٥) ورد في (ق): «إثبات».

(٦) **أحدهما**: أن الشفعة تثبت للاشتراك فيهما أرضًا وجدارًا. **وأظهرهما**: المنع؛ لأن السقف الذي هو أرضه لا ثبات له، وما لا ثبات له في نفسه لا يفيد ثباتًا لما هو عليه. «فتح العزيز» (١١/ ٣٧٦).

(٧) لم يرد في (ق)، وإنَّما ورد بياض في مكانه.

(٨) ورد في (أ): «لطل»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٩) ورد في (أ، ي): «كان»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، د).

فإن قلنا: لا يملكه الموقوف(١)؛ فلا شفعة.

وإن قلنا: يملك؛ فوجهان مبنيان(٢) على أنَّه هل يقسم الوقف والملك(٣).

ولا يثبت للجار، وإن كان ملاصقًا.

وقال أبو حنيفة: يثبت للجار(٤)، [و](٥)إن لم يكن شريكًا(٦).

وقيل: للشافعي (رحمه الله) قول مثله(٧). وحكي عن ابن سريج، وهو غير صحيح(٨).

---

(١) ورد في (ق): «لا يملك الموقوف»، وفي (د): «لا يملك الوقوف».

(٢) ورد في (ق): «يبتنيان».

(٣) والمذهب عند الشافعية أنَّه لا شفعة لمستحق الوقف.

(٤) قال المرغيناني في «الهداية» (٤/ ٢٤): الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع، ثُمَّ للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثُمَّ للجار. أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب. وقد استدل الأحناف بعدد من الأحاديث الواردة في هذا الباب منها: قوله ﷺ: «**الجار أحق بشفعته ينتظر به وإن كان غائبًا إذا كان طريقهما واحدًا**»، رواه الترمذي في «سننه» كتاب الأحكام (١٣٦٩)، ورواه أبو داود في «سننه» كتاب البيوع (٣٥١٨)، وابن ماجه في «سننه» كتاب الأحكام (٢٤٩٤)، والدارمي في «سننه» كتاب البيوع (٢٦٢٧)، وقوله ﷺ: **الجار أحق بسقبه**»، والسقب قيل: الشفعة، رواه البخاري في «صحيحه» كتاب الشفعة (٢٢٥٨)، والنسائي في «سننه» كتاب البيوع (٤٧٠٢)، وأبو داود في «سننه» كتاب البيوع (٣٥١٦)، وانظر لمزيد من التفصيل: «نصب الراية» للزيلعي، «البحر الرائق» (٨/ ١٤٣)، «المبسوط» للسرخسي (١٤/ ٩٣ ـ ٩٤). هذا، ولا تثبت الشفعة للجار المحاذي، سواء كان أقرب بابًا أو أبعد، نصّ عليه السرخسي.

(٥) الزيادة في (د).

(٦) ورد في (أ): «شريك»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٧) ورد في (د): «قديم».

(٨) قال الرافعي: وعن ابن سريج تخريج قول كمذهب أبي حنيفة، قال القاضي =

نعم، لو قضى حنفي لشافعي[(١)] [به][(٢)]، فهل يحل له باطنًا؟ فيه وجهان[(٣)].

فرعٌ:

الشريك في الممرّ إذا لم يكن شريكًا في الدار، لا شفعة له في الدار.

وإذا بيع الممرّ وهو مملوك منسدّ الأسفل؟ فإن لم يقبل القسمة، أي: لا يَصلح لممرّ بعد القسمة؟ فلا شفعة على المذهب[(٤)].

وإن كان ينقسم؟ نُظر[(٥)]، فإن كان للمشتري [في غير المأخوذ][(٦)] طريق آخر إلى داره سوى الممرّ؟ ثبتت الشفعة. وإن لم يكن؛ **فثلاثة أوجه:**

أحدها: لا؛ لأن فيها ضررًا بالمشتري في غير[(٧)] المأخوذ بالشفعة.

والثاني: أنَّه يثبت؛ لأن حق الممرّ تابع.

= الروياني: ورأيت بعض أصحابنا يفتي به وهو الاختيار، وذكر الإمام أن الشيخ أبا علي لم يُثبت ذلك عن ابن سريج، وحمل كلامه فيه على أنَّه لا يعترض في الظاهر على الشافعي إذا قضى له الحنفي بشفعة الجار. «فتح العزيز» (١١/ ٣٩٤ ـ ٣٩٥).

(١) ورد في (أ): «الشفعوي»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٢) الزيادة في (ق، د، ط، ي).

(٣) قال النووي: الأصح أنَّه لا يحل له باطنًا. «روضة الطالبين» (٥/ ٧٢).

(٤) وخرّج ابن سريج أنَّه تثبت الشفعة فيها بتبعية الشركة في الطريق. وبه قال مالك، وأبو حنيفة. «فتح العزيز» (١١/ ٣٩٦).

(٥) ورد في (د): «نظرت».

(٦) الزيادة في (د، ط).

(٧) ورد في (د): «عين».

والثالث: أنَّه إن أراد الأخذ وجب له تجويز[(١)] الاجتياز للمشتري، جمعًا بين الحقين، فإن أبى ذلك فلا شفعة له[(٢)].

الركن الثالث:
المأخوذ منه

وهو كل من استفاد الملك اللازم بمعاوضة في الشقص المشاع.

* **أمَّا «المعاوضة»**: فقد احترزنا بها عن الهبة، فلا شفعة فيها، كما في الإرث؛ لأنَّه لا[(٣)] عوض حتَّى يؤخذ به.

وقال مالك: يؤخذ بقيمته[(٤)]، وحوينا فيه[(٥)] الشقص إذا جُعل أجرة[(٦)] في إجارة، أو صداقًا في نكاح، أو عوضًا في خلع، أو كتابة، أو صلح

---

(١) ورد في (أ): «ويجوز»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(٢) قال الرافعي: وإيراد الكتاب يشعر بترجيح هذا الوجه، وإليه ذهب أبو الفرج السرخسي، لكن الأصحاب من العراقيين وغيرهم على أن الوجه الأول أصح. «فتح العزيز» (١١/ ٣٩٨).

(٣) لم يرد في (ق).

(٤) قال الإمام ابن عبد البرّ في «الكافي» (ص٤٣٩): «وأمَّا من ملك شقصًا بغير عوض؛ كالميراث والصدقة والوصية والهبة لغير ثواب؛ فلا شفعة للشريك في شيء من ذلك... ومن تزوج امرأة بسهم من دار أو عقار؛ ففيه الشفعة بالقيمة لا بمهر المثل، ولو صالح عن دم عمد على شقص من دار؛ فالشفعة فيه بقيمة السهم...» والهبة إذا كانت بشرط الثواب ثبتت فيه الشفعة بالثواب إن كان مثليًّا أو قيمته إن كان مقومًا». انظر لمزيد من التفصيل: «حاشية الدسوقي» (٣/ ٤٨٢)، «التاج والإكليل» (٥/ ٣١٩ ـ ٣٢٠)، «القواعد الفقهية» (ص١٨٩)، «المدونة الكبرى» (١٤/ ٤٠٩).

(٥) ورد في (أ): «حربنا»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي)، وورد في (ق): «وحوينا به».

(٦) ورد في (أ): «أجره»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

عن دم، أو متعة[١]، فيؤخذ بالشفعة بقيمة مقابله، فإن الشرع قد قوَّم جميع[٢] ذلك.

وقال أبو حنيفة: لا يؤخذ إلَّا المبيع[٣].

* **وقولنا: «بمعاوضة»**: احترزنا به عن الملك العائد بالإقالة، والرد بالعيب، فإنه[٤] لا يؤخذ بالشفعة، كما إذا أسقط[٥] الشفيع حقه[٦] حتى[٧] باع المشتري[٨] وعاد[٩] إليه بإقالة؛ فلا يتجدّد[١٠] الحق؛ لأن العائد هو ملك [المشتري بذلك][١١] الشراء، فليس حاصلًا بخروج الثمن عن ملكه على طريق الردّ.

* **وقولنا: «لازم»**: احترزنا به عن المبيع في زمان الخيار، إن كان

---

(١) ورد في (د): «منفعة».

(٢) لم يرد في (ق).

(٣) مذهب الحنفية: أن الشفعة لا تجب إلَّا في مبادلة المال بالمال، قال المرغيناني: ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها، أو يخالع المرأة بها، أو يستأجر بها دارًا أو غيرها، أو يصالح بها عن دم عمد، أو يعتق عليها عبدًا؛ لأن الشفعة عندنا إنَّما تجب في مبادلة المال بالمال لمَّا بيّنا، وهذه الأعواض ليست بأموال؛ فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع. «الهداية» (٤/ ٣٥). وانظر كذلك: «البحر الرائق» (٨/ ١٥٧)، «بدائع الصنائع» (٥/ ١٢).

(٤) ورد في (أ): «فلة»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٥) ورد في (د): «أسلت».

(٦) قوله: «حقه» لم يرد في (ط، ي).

(٧) ورد في (ق): «حين».

(٨) قوله: «المشتري» لم يرد في (ق).

(٩) ورد في (ق): «فعاد».

(١٠) ورد في (ق): «يتحد»، وفي (د): «يتحدد».

(١١) الزيادة في (د).

الخيار للبائع لم يؤخذ؛ إذ لا سبيل إلى البائع للشفيع[١].

وإن كان للمشتري وحده؛ **فطريقان**:

أحدهما: أنَّه لا يأخذ؛ لأن العقد لم يستقر بعد، وربَّما قلنا: لا ملك له.

والثاني: أنَّه يخرّج على القولين في أنَّه لو وجد به عيبًا فهو أولى بالرد، أو الشفيع بالأخذ؟ **فيه قولان**:

أحدهما: الشفيع أولى؛ لأن حقه ثابت بالعقد ولا ضرر عليه إذا سلّم[٢] له كمال الثمن.

والثاني: المشتري أولى؛ إذ لا حق[٣] للشفيع [إلا][٤] بعد قرار العقد[٥]، وربَّما يكون للمشتري غرض في عين ثمنه.

فإن قلنا: الشفيع أولى؛ فلو حضر بعد الرد؛ ففي ردّه[٦] الردّ وجهان.

فإن قلنا: يردّ، فهو بطريق تبين[٧] البطلان، أو بطريق الإنشاء في الحال؟ فيه وجهان.

ويقرب من هذا: أن الشقص المشفوع إذا كان صداقًا وهمّ الشفيع

---

(١) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٤٠٨ ـ ٤٠٩).

(٢) ورد في (أ): «أسلم»، ونحوه في (ي)، والأولى ما أثبتناه من (ط).

(٣) ورد في (أ): «لحق»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، د).

(٤) الزيادة من (د، ط).

(٥) ورد في (ق، ي): «إذ حق الشفيع بعد قرار العقد».

(٦) لم يرد في (د).

(٧) وجد بياض في (أ)، وورد في (ق): «بين»، وفي (د): «تبين»، ونحوه في (ط، ي)، وهو الصحيح فأثبتناه.

بأخذه، فطلق الزوج قبل المسيس؛ قال أبو إسحاق المروزي: الزوج أولى؛ لأن سببه[١] سابق. وقال ابن الحداد: لو أفلس مشتري[٢] المشفوع بالثمن؛ فالشفيع أولى بالأخذ من البائع بالرجوع[٣]؛ فقال الأصحاب: هما جوابان متناقضان، ففي المسألتين للشيخين وجهان.

فإن قلنا في مسألة الإفلاس: الشفيع أولى، فالبائع هل يختص بالثمن؟ فيه وجهان.

واختيار ابن الحداد: أنَّه يضارب؛ لأن حقه قد بطل[٤].

*** فروع عشرة:**

● **الأول**: [إذا][٥] اشترى ذمي شقصًا مشفوعًا من ذمي بخمر، وفيه لمسلم أو ذمِّيّ شركة؛ فلا يحكم بالشفعة؛ لأن الشراء الفاسد لا يفيد الملك. فملكه قائم[٦].

---

(١) ورد في (د): «نسبه».

(٢) ورد في (ق): «مشترى المشتري».

(٣) وهذا هو الأصح كما ذكره الرافعي في «فتح العزيز» فقال: «وأصحهما أن الشفيع أولى؛ لأن حقه ثبت بالعقد، وحق الزوج ثبت بالطلاق، وحق البائع بالإفلاس، وأسبق الحقّين أولى بالرعاية؛ ولأن منع الشفيع إبطال حقه، وإذا قدمناه لا يبطل حق الزوج والبائع، وإنَّما ينتقل إلى البدل...» (١١/ ٤١٩).

(٤) والوجه الثاني، وهو يحكى عن ابن سريج: أنَّه يقدّم البائع بالثمن رعاية للجانبين. وهناك الوجه الثالث كذلك، ذكره الرافعي، وهو: أنَّه إن كان البائع سلم الشقص، ثُمَّ أفلس المشتري لم يكن أولى بالثمن لرضاه بذمة المشتري. «فتح العزيز» (١١/ ٤٢١).

(٥) الزيادة في (د).

(٦) قال الرافعي: ولو باع ذمي شقصًا من ذمي بخمر أو خنزير وترافعوا إلينا بعد الأخذ بالشفعة لم نرده، ولو ترافعوا قبله لم نحكم بالشفعة، وقال أبو حنيفة: نحكم. «فتح العزيز» (١١/ ٤٠٠).

ولو أخذ الذمي ثمن خمر وسلمه عن الجزية؛ لم نقبله إذا رأينا ذلك. وإن لم نره واعترف به، ففيه وجهان؛ ووجه الجواز أنَّه لا اعتماد على قولهم.

• **الثاني**: سلم العبد عن نجوم الكتابة شقصًا[١]، ثُمَّ عجز وردّ إلى الرق؛ ففي بطلان حق الشفعة وجهان[٢]، من حيث إنَّه كان عوضًا أولًا، ثُمَّ خرج عن كونه عوضًا.

• **الثالث**: أوصى لمستولدته بدار[٣] إن خدمت أولاده شهرًا؛ ففي الشفيع وجهان[٤]؛ لأنَّه مردد[٥] بين الوصية والمعاوضة.

• **الرابع**: العبد المأذون له الأخذ بالشفعة إذا[٦] كان شريكًا؛ لأنَّه من التجارة، وإن[٧] عفا لم يسقط حق سيّده، وإن عفا سيّده لم يكن له الأخذ، وإن كان بعد إحاطة الديون به.

• **الخامس**: الوصيّ لو[٨] اشترى للطفل شقصًا وهو شريك، فله

(١) كلمة «شقصًا» لم ترد في (ق)، وورد في (د): «شفعًا».
(٢) والثاني هو الأظهر كما ذكره الرافعي في «فتح العزيز» (١١/ ٤٣٠).
(٣) ورد في (د): «بشقص».
(٤) **أحدهما**: تثبت؛ لأنها ملكته بالخدمة فكان كالمملوك بالإجارة وسائر المعاوضات، وأظهرهما: المنع؛ لأنها معتبرة من الثلث كسائر الوصايا. وذكر الخدمة شرط داخل على الوصية. «فتح العزيز» (١١/ ٤٣٠ ـ ٤٣١).
(٥) ورد في (د): «متردد».
(٦) ورد في (أ): «إن»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٧) وُجد بياض في (أ)، والمثبت هو من (ق، ط، ي)، وورد في (د): «فإن عفى».
(٨) ورد في (أ): «إن»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

أخذه[١]، وإن باع فأخذ[٢] من المشتري؛ لم يجز؛ لأنَّه مُتّهم[٣] فيه، فكأنَّه يبيعه[٤] من نفسه، وللأب ذلك؛ لأنَّه يبيع من نفسه، فهذا لا يزيد عليه.

وقيل: إنَّه يحتمل التجويز في الموضعين؛ لأن الغبطة لا تخفى.

والوكيل بالبيع هل يأخذ ما باع بالشفعة؟ **فيه وجهان**:

ووجه المنع: **التهمة**.

والأصحّ: الجواز.

• **السادس**: يجب على الأب أن يأخذ بالشفعة لطفله إذا كان فيه مصلحة[٥]، فإن لم يفعله فعله القاضي، فإن أسقط الأب الشفعة؛ كان للصبيّ الطلب بعد البلوغ، وإن بيع [شيء فيه غبطة للصبي][٦]؛ ففي وجوب الشراء وجهان.

والفرق: أن الشفعة تثبت، وفي الإهمال[٧] تفويت، والتفويت ممتنع وإن لم يكن الاكتساب واجبًا.

• **السابع**: إذا كان المشتري أحد الشركاء في الدار؛ فلا يؤخذ[٨] الجميع منه، بل يترك عليه ما كان[٩] يخصّه لو لم يكن مشتريًا.

---

(١) وهذا هو المشهور، ونقل في الشامل وجهًا آخر؛ لأن في الشراء أو الأخذ تعليق عهدة بالصبي من غير منفعة له. «فتح العزيز» (١١/ ٤٣٤).
(٢) ورد في (ق): «فأخذه».
(٣) ورد في (ق): «يتهم».
(٤) ورد في (د): «يبيع».
(٥) انظر: «فتح العزيز» (١١/ ٥٠٠).
(٦) الزيادة في (د، ط).
(٧) ورد في (د): «الإمهال».
(٨) ورد في (أ): «يوحد»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٩) لم يرد في (د).

وقال ابن سريج: يؤخذ الكل[١]؛ لأنَّه يؤدي إلى أن يأخذ الشفعة من نفسه، وهو محال.

والشراء لا يوجب ملكًا لازمًا[٢] في المشفوع فليؤخذ[٣]، والمذهب الأول.

● **الثامن**: حكى القفال عن ابن سريج: أن عامل القراض إذا اشترى بمال القراض شقصًا للمالك فيه شركة؛ فله الأخذ[٤]. ثُمَّ أنكر القفال وقال: كيف يأخذ ملك نفسه؟

وفيه احتمال من حيث إن العامل يستحق بيعه[٥]؛ لينضّ المال[٦]، وفي ذلك إضرار به[٧]، فله دفع هذا الضرر، كما له دفع ضرر أصل الملك.

● **التاسع**: إذا باع المريض شقصًا يساوي ألفين بألف من أجنبي، و[ثلث][٨] ماله وافٍ به، ولكن الشفيع وارث، ولو[٩] أخذه لوصلت

---

(١) ورد في (أ): «الطل»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٢) ورد في (أ): «لارما»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٣) قوله: «فليؤخذ» لم يرد في (ي).
(٤) قال الرافعي: ولو اشترى بمال القراض شقصًا من عقار فيه شركة لربّ المال، ففي ثبوت الشفعة له وجهان عن ابن سريج، **أصحهما**: المنع. **والوجه الثاني**: أن مال القراض كالمنفرد عن ملكه لتعلق حق الغير به، ويجوز أن يثبت له على ملكه حق والحالة هذه، كما ثبت له على عبده المرهون حق الجناية. «فتح العزيز» (٤٩٩/١١).
(٥) ورد في (ق): «معه».
(٦) ورد في (د): «اليمن».
(٧) قوله: «به» لم يرد في (ق).
(٨) الزيادة في (ق، د، ط، ي).
(٩) ورد في (أ): «فلو»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

المحاباة[١] إليه، ولصار ذلك ذريعة؟ ففيه **خمسة أوجه**:

ـ **أحدها**: يصح، ولا[٢] يثبت الشفعة حذرًا من وصول المحاباة، والشفعة على الجملة تسقط بأعذار، فهذا من جملتها[٣].

ـ **والثاني**: يصح، وتثبت الشفعة[٤]، وتكون المحاباة من المريض مع الأجنبي لا مع الوارث، وحسم الحيل غير ممكن.

ـ **والثالث**: لا يصح البيع؛ إذ لو صحّ لاستحال نفي الشفعة، واستحال إثباتها أيضًا، وما أدى إلى المحال فهو محال.

ـ **والرابع**: أن هذه الإحالة في النصف؛ فيصح البيع على النصف بألف، ويبطل في الباقي.

ـ **والخامس**: أن الإحالة في حق الشفيع، فيأخذ النصف بألف، ويترك الباقي على المشتري.

• **العاشر**: تساوق[٥] رجلان إلى مجلس الحكم هما شريكان في دار، يزعم كل واحد أنَّه السابق في الشراء، وأنَّه يستحق نصيب الآخر بالشفعة؟ فيعرض اليمين عليهما، فإن تحالفا أو تناكلا تساقط قولهما. وإن حلف أحدهما؛ أخذ نصيب الآخر.

---

(١) المحاباة بغير همز: وهي البيع بدون ثمن المثل. «تحرير ألفاظ التنبيه» (ص٢٤١).

(٢) ورد في (أ): «فلا»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(٣) ورد في (أ): «جملته»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٤) وهذا هو الأصحّ عند الجمهور، قال الرافعي: وأصحّ الخمسة عند الأكثرين ـ منهم أبو علي صاحب «الإفصاح»، والعراقيون، والأستاذ أبو منصور، والإمام، وصاحب «التهذيب» ـ إنَّما هو **الثاني**، **والأول** عند ابن الصباغ. «فتح العزيز» (١١/ ٤٤٠)، «روضة الطالبين» (٥/ ٨٢).

(٥) ورد في (ق): «يتساوق».

وإن أقام كل واحد بينة نظر إلى التاريخ، فإن أرّخا بيوم واحد، فوجهان:

أحدهما: يتساقطان، فكأن لا بيّنة؛ لأنَّه لا فائدة.

والثاني: أنَّه يحكم بهما[1]، ويقدر جريان العقدين معًا، فلا شفعة لأحدهما على الآخر؛ إذ ليس أحدهما قديمًا بالإضافة إلى الآخر.

❑❑❑

---

(١) قال الرافعي: **والثاني** أنهما يستعملان، وفي كيفيته أقوال: **أحدها**: القرعة. فعلى هذا، فمن خرجت قرعته أخذ نصيب الآخر بالشفعة. **والثاني**: القسمة. ولا فائدة لها هاهنا، إلَّا أن تكون الشركة بينهما على التفاوت، فيكون النصف مقيدًا. **والثالث**: الوقف. وعلى هذا، يوقف حق التملّك إلى أن يظهر الحال. ومنهم من لم يجز قول الوقف هاهنا، وقال: لا معنى للوقف مع كون الدار في يدهما. «فتح العزيز» (١١/ ٤٤٢).

الباب الثَّاني

في كيفية الأخذ وحكم المأخوذ(١)

وفيه ثلاثة فصول:

[الفَصْلُ](٢) الأول

فيما يحصل به الملك

ولا بدّ من رضا الشفيع؛ فإنَّه غير مجبر، ولا يشترط رضا المشتري؛ فإنَّه مقهور، ولا يكفي قول الشفيع: أخذت. وتملَّكت، وأنا طالب؛ بل يحصل الملك(٣) بأمرين(٤):

أحدهما: بذل الثمن.

والآخر(٥): تسليم(٦) المشتري الشقص إليه، راضيًا بذمته.

فإن وجد الرضا دون تسليم الشقص والثمن؛ **فوجهان**(٧):

---

(١) قوله: «في كيفية الأخذ وحكم المأخوذ» سقط من (ق).

(٢) الزيادة من (ق، د، ط، ي).

(٣) لم يرد في (ق)، وفي (د) ورد: «بأحدهم».

(٤) ورد في (د): «أمرين».

(٥) ورد في (ي): «الثاني».

(٦) ورد في (ق، د، ط، ي): «أن يسلّم».

(٧) قال الرافعى: ولو رضي بكون الثمن في ذمته ولم يسلّم الشقص؛ **فوجهان**: =

أحدهما: يحصل؛ لأنَّه معاوضة، فبعد التراضي لا يشترط القبض.

والثاني: لا؛ إذ لا عبرة برضا المشتري وهو مقهور، فلا بدّ من أمر زائد وهو تسليم الشقص أو أخذ الثمن.

ولو رفع الشفيع الأمر إلى القاضي وطلب وقضى له القاضي؛ ففي حصول الملك وجهان(١).

ولو أشهد على الطلب ولم يقض القاضي؛ فوجهان مرتبان، وأولى بأن لا يحصل.

ثُمَّ إن قصَّر في تسليم الثمن؛ بطل ملكه بطريق التبين(٢) أم(٣) بطريق الانقطاع؟ فيه وجهان.

هذا إن رضي المشتري.

فإن أبى إلَّا أخذَ الثمن، فهل يبقى خيار الشفيع إلى أن يسلم الثمن؟ فيه وجهان، **والأظهر**: أن الملك لا يحصل بالقضاء والإشهاد. وإن حصل؛ فلا يبقى الخيار، ويمتنع التصرف على المشتري وفاءً بتحصيل الملك.

= **أحدهما**: أنَّه لا يحصل الملك، وقول المشتري ما لم يتصل به القبض في حكم وعد. **وأصحهما**: الحصول، لأنه معاوضة، والملك في المعاوضات لا يتوقف على القبض. «فتح العزيز» (١١/ ٤٤٤).

(١) **أحدهما**: أنَّه لا يحصل الملك ويستمر ملك المشتري إلى أن يصل إليه عوضه أو يرضى بتأخيره. **وأصحهما**: الحصول؛ لأن الشرع نزَّل الشفيع منزلة المشتري، كأن العقد عقد له، إلَّا أن يتخير بين الأخذ والترك، فإذا طلب وتأكد طلبه وجب أن يحكم له بالملك. «فتح العزيز» (١١/ ٤٤٥)، «الروضة» (٥/ ٨٤).

(٢) ورد في (أ): «السين»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٣) ورد في (د، ط، ي): «أو».

وعلى الأحوال [كلها][١] فللمشتري حبس الشقص إلى تسليم الثمن، بخلاف البائع، فإنَّ فيه أقوالًا؛ لأنَّه رضي بزوال الملك.

فرعٌ:

هل تلتحق معاوضة الشفعة[٢] بالبيع في ثبوت خيار المجلس من جانب الشفيع بعد التملك[٣]؟ فيه وجهان ذكرناهما في أول البيع.

ووجه الفرق أن إثبات خيار المجلس من أحد الجانبين بعيد، ولا خلاف في أن خيار الشرط لا يثبت. وكذا الخلاف في أن تصرّف الشفيع قبل القبض وبعد التملك هل ينفذ[٤]؟ ووجه الفرق أن ملك الشفعة [كأنه][٥] ملك بناء قهري يضاهي الإرث بخلاف البيع.

وكذا ثبوت الملك بالشفعة فيما لم يُرَ، فيه خلاف[٦] مرتب على البيع

---

(١) الزيادة من (د، ط).

(٢) ورد في (أ): «بمعاوضة الشفيع»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي)، وفي (ق): «معارضة الشفعة».

(٣) الأصحّ المنصوص: أنَّه يثبت خيار المجلس للشفيع. وعلى هذا، فيمتد إلى مفارقة المجلس. وهل ينقطع بأن يفارقه المشتري؟ **فيه وجهان**: قال النووي: الذي صحّحه الأكثرون أنَّه لا خيار للشفيع، ممّن صحّحه صاحب «التنبيه»، والفارقي، والرافعي في «المحرّر»، وقطع به البغوي في كتابيه «التهذيب»، و«شرح مختصر المزني»، وهو الراجح أيضًا في «الدليل». «روضة الطالبين» (٥/ ٨٥)، «فتح العزيز» (١١/ ٤٤٦).

(٤) الأصح المنع؛ كالمشتري. «الروضة» (٥/ ٨٥).

(٥) الزيادة في (د، ط، ي).

(٦) قال الرافعي: في تملك الشفيع الشقص الذي لم يره **طريقان**: **أظهرهما**: أنَّه على قولي بيع الغائب: إن منعناه لم يتملكه قبل الرؤية، وليس للمشتري منعه من الرؤية. وإن صحّحناه فله التملك. «فتح العزيز» (١١/ ٤٤٦ ـ ٤٤٧)، «روضة الطالبين» (٥/ ٨٥).

وأولى بالثبوت، فإن أثبتنا الملك فله الخيار عند الرؤية، وللمشتري الامتناع من قَبول الثمن إلى أن يراه الشفيع، فإنَّه لا يثق بالتصرف في الثمن[(١)].

الفَصْلُ الثاني

فيما يبذل من الثمن

* **وفيه مسائل:**

* **الأولى:** أن الشفيع يأخذ الشقص ممَّا بذله[(٢)] المشتري، إن كان مثليًّا فبمثله.

وإن كان متقومًا فبقيمته يوم العقد؛ ليجبر ما فات عليه إذا أخذ ما حصل له.

وإذا كان الثمن مائة[(٣)] منّ من الحنطة؛ قال القفال والأئمة: يكال ويسلّم مثله كيلًا، فإنَّ المماثلة في الربويات بمعيار الشرع.

وطرَّدوا هذا في إقراض الحنطة بالوزن، ومنعوه[(٤)].

وقال القاضي: يكفي الوزن في مسألتنا؛ إذ المبذول في مقابلة الشقص، وقدر الثمن معياره لا عوضه. وكذا في القرض، فإنَّه لو كان معاوضة لَشُرط التقابض في المجلس.

---

(١) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٤٤٧).

(٢) ورد في (أ): «بدله»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٣) ورد في (أ): «مائة منًّا»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٤) قال الرافعي في «فتح العزيز» (٩/ ٣٦٨): ولو باع شقصًا مشفوعًا بمثله بمائة منّ من الحنطة ينظر كما هي بالكيل، فيأخذ الشفيع بمثلها كيلًا، **والأصحّ** في الكل: الجواز. ونحوه قاله النووي في «روضة الطالبين» (٤/ ٣٤).

* **الثانية**: اشترى شقصًا بألف إلى سنة؛ **فثلاثة أقوال**:

ـ **الجديد وهو الأصح**: أن الشفيع يتخيّر بين أن يعجل الألف ويأخذ[١]، أو يؤخر إلى حلول الأجل فيأخذ ويسلّم بعد الحلول؛ إذ إثبات الأجل عليه يضرّ بالمشتري، فإنَّه قد لا يرضى بذمته.

وعلى هذا، إن أخّر وأشهد[٢] على الطلب لم تبطل شفعته. وإن لم يشهد؛ فوجهان، ووجه بقاء الشفعة أنَّه معذور.

فلو مات المشتري وحلّ عليه الدَّين لم يحل على الشفيع؛ لأنَّه حي، فهو كضامن لدين مؤجل مات المضمون عنه.

ـ **والقول الثاني**، حكاه حرملة[٣]: أنَّه يملك الشفيع بثمن في ذمته مؤجل، كما لو ملكه المشتري، ثُمَّ إن كان مليًّا[٤]، أو كان له كفيل سلّم[٥] إليه الشقص، وإلَّا فلا، وهو مذهب مالك[٦].

---

(١) قال الرافعي: **أصحهما**، **وبه قال أبو حنيفة**: أن الشفيع بالخيار بين أن يعجّل الألف ويأخذ الشقص في الحال، وبين أن يصبر إلى أن يحل الأجل، فحينئذٍ يبذل الألف ويأخذ الشقص، وليس له أن يأخذ بألف مؤجل؛ لأن الذمم لا تتمثل، فقد لا يرضى المشتري بذمة الشفيع وإن رضي البائع بذمة المشتري، ولا يمكن إلزامه لأخذ بألفٍ حالّ؛ لما فيه من الإجحاف. «فتح العزيز» (١١/ ٤٥٠).

(٢) ورد في (د): «فأشهد».

(٣) قد ذكرنا ترجمته في المجلد الأول (ص٥٠٠) من «الوسيط»، ولد (رحمه الله) سنة ١٦٦هـ، وتوفي سنة ٢٤٣هـ.

(٤) ورد في (ق): «طيا».

(٥) ورد في (أ): «أسلم»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٦) قال الإمام ابن عبد البرّ (رحمه الله) في «الكافي» (ص٤٤٣): ومن اشترى نصيبًا تجب فيه الشفعة بدين وأراد الشفيع أخذ الشفعة بمثل الثمن نقدًا كان له ذلك، وإن أراد أخذها للأجل وكان مليًّا ثقة حكم له بها، وإلَّا فلا، إلَّا أن يأتي بحميل =

ومن الأصحاب من لم يشترط الكفيل واليسار، وقال: هو كالمشتري.

ـ **الثالث**، حكاه ابن سريج[١]: أن الشفيع يأخذ في الحال بعوض يساوي ألفًا إلى أجل؛ إذ التأخير إضرار، وتكليفه النقد إضرار، وتنقيص النقد عن المبلغ وقوع في الربا، فهذا هو الأقرب.

* **الثالثة**: إذا اشترى شقصًا وسيفًا بألف، وقيمة السيف مائة، وقيمة الشقص مائتان؛ أخذ الشقص بثلثي الألف، وترك السيف بالباقي[٢]، ثُمَّ لم يكن للمشتري خيار التبعيض؛ لأنَّه على بصيرة من الأمر.

ولو انهدمت[٣] الدار قبل الأخذ؟ نقل المزني أنَّه يأخذ بكل الثمن[٤]، ونقل الربيع أنَّه يأخذ بحصته؛ فاختلفت[٥] طرق الأصحاب في تنزيل النصّين، والأقرب من جملة ذلك: أنَّه إن ارتجت الدار ولم ينفصل

= مليٌّ ثقة. كذا قاله الزرقاني في «شرحه» (٣/ ٤٧٨)، والعبدري في «التاج والإكليل» (٥/ ٣١٦). وانظر: «المدونة الكبرى» (١٤/ ٤٥٠).

(١) قال الرافعي: وأمَّا الثالث فعامة الأصحاب ذكروا أن ابن سريج نقله عن الشافعي (رضي الله عنه) من كتاب «الشروط»، والمفهوم من إيراده أنَّه نصّ عليه فيه. وقال الشيخ أبو علي: أن ابن سريج خرّجه من قول الشافعي من كتاب «الشروط» أنَّه يجوز بيع الدين. فقال: يقوَّم الدَّين المؤجل بعرض ويأخذه الشفيع به. «فتح العزيز» (١١/ ٤٥٠).

(٢) قال الرافعي: وبه قال أبو حنيفة، وأحمد، وعن مالك أنَّه يأخذهما جميعًا، ويُروى عنه: إن كان من مصالح الصفقة وتوابعها كالثيران وآلات الحرث والعبد العالم والبُستان، أخذه الشفيع مع الشقص، وإن كان غير ذلك لم يأخذه. «فتح العزيز» (١١/ ٤٥٢).

(٣) ورد في (أ): «انهدم»، والأولى ما أثبتناه من من (د، ط، ي).

(٤) ونصُّه: «وكذلك لو أصابها هدم من السماء، إمَّا أخذ الكل بالثمن وإمَّا ترك». «مختصر المزني» (ص١٢٠).

(٥) ورد في (أ، د، ط، ق): «فاختلت».

منها شيء، فهو عيب محض، فيأخذ بكل الثمن، كما يأخذ المشتري المبيع قبل القبض إذا تعيب.

وإن انهدم؛ نُظر: فإن فات بعض[١] العرصة بسيل يغشاه[٢] مع نقض[٣] البناء؛ أخذ الباقي بحصته. وإن كان جميع العرصة باقية؛ نُظر فإن تلف النقض[٤]؛ فينبني على أن السقوف من الدار كاليد من العبد، أو كأحد العبدين في مقابلته[٥] بقسط من الثمن، وفيه قولان.

فإن قلنا: كاليد، فهذا تعيّب؛ فيأخذ بالكل كما قاله المزني.

وإن قلنا: كأحد العبدين؛ فيأخذ الباقي بحصته[٦].

وإن كان النقض قائمًا، فقد صار منقولًا في الدوام، ولا[٧] شفعة في المنقول، ففي بقائه في الاستصحاب قولان[٨] ذكرناهما، ويدل عليهما هذه النصوص.

(١) ورد في (د): «نقض».
(٢) ورد في (ط): «تغشى».
(٣) كذا ورد في (ط)، وفي (د، ي).
(٤) ورد في (أ): «البعض»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ق، د).
(٥) ورد في (ق): «مقابلة».
(٦) وهذا هو الأصح، وبه قال أحمد ومالك، كذا ذكره الرافعي في «فتح العزيز» والنووي في «الروضة»، قال الرافعي: وفرّق بعضهم بين أن يكون التلف بآفة سماوية فيأخذها بجميع الثمن، أو بإتلاف متلف فيأخذها بالحصة؛ لأن المشتري يحصل له بدل التالف فلا يتضرر، وبهذا قال أبو حنيفة. «فتح العزيز» (١١/ ٤٥٣)، «الروضة» (٥/ ٨٩).
(٧) ورد في (د، ط): «فلا شفعة».
(٨) **أحدهما**: لا؛ لأنَّه منقول، كما لو كان في الابتداء كذلك، وأدخل النقض في البيع لا يؤخذ بالشفعة. **والثاني**: نعم، قال في «الشامل»: وهو اختيار أبي إسحاق وشيوخنا المتأخرين. «فتح العزيز» (١١/ ٤٥٣).

فإن قلنا: يؤخذ النقض، فيؤخذ الجميع بكل الثمن؛ إذ يبقى الانهدام عيبًا محضًا.

وإن قلنا: لا يؤخذ النقض؛ وجعلناه كأحد العبدين؛ أخذ الباقي بحصته.

وإن قلنا: إنَّه كاليد؛ احتمل القولين، إذ يبعد أن يفوز[١] المشتري بشيء مجانًا[٢].

وكذا الخلاف لو تلف النقض[٣] بجناية أجنبي وحصل الغرم للمشتري.

* **الرابعة**: إذا اشترى الشقص بألف ثُمَّ انحطت مائة[٤]؛ **فللحط أربعة[٥] أسباب**:

● **الأول**: أن يكون بإبراء البائع.

فإن كان بعد اللزوم؛ فهو مسامحة مع المشتري لا يلحق الشفيع، خلافًا لأبي حنيفة[٦].

وإن كان في زمان الخيار؛ فالأظهر أنَّه يلحقه.

---

(١) ورد في (أ): «يعور»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٢) ورد في (أ): «محابا»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٣) ورد في (أ): «البعض»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٤) ورد في (د، ط): «بمائة ثُمَّ انحطت عشرة»، وفي (ق): «ثُمَّ نحط».

(٥) ورد في (ي): «فينحط بأربعة».

(٦) قال المرغيناني في «الهداية»: «وإذا حطّ البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع، وإن حطّ جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع؛ لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد، فيظهر في حق الشفيع؛ لأن الثمن ما بقي... وإن زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع؛ لأن في اعتبار الزيادة ضررًا بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بما دونها، بخلاف الحط لأن فيه منفعة له...». «الهداية» (٤/ ٣١)، «البحر الرائق» (٨/ ١٥٢ ـ ١٥٣)، «المبسوط» للسرخسي (١٤/ ١٠٧)، «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٥٨).

وقال العراقيون: يبنى على أقوال الملك.

فإن[(١)] قلنا: الخيار لا يمنع الملك؛ فيصح الإبراء. وفي اللحوق بالعقد والشفيع وجهان.

وإن قلنا: يمنع الملك؛ فلم يستحق [البائع][(٢)] الثمن، ففي نفوذ الإبراء خلاف. فإن صحّ؛ فيلحق الشفيع. والأصح صحة الإبراء واللحوق؛ لأنَّه [يمكنه][(٣)] في الابتداء [أن][(٤)] تصير[(٥)] الزيادة وسيلة إلى دفع الشفعة، فيباع بأضعاف الثمن، ويبرأ في المجلس[(٦)].

ـ **السبب الثاني**: أن يجد البائع بالثمن عيبًا، بأن كان الثمن عبدًا، فإن ردّه قبل أخذ الشفيع، فهو أولى أم[(٧)] الشفيع؟ فيه قولان[(٨)] مرتَّبان على المشتري إذا أراد ردّ الشقص بالعيب.

والأولى هاهنا تقديم البائع؛ فإنَّه لا حقّ للشفيع عليه، ولم يسلّم له العبد.

وإن وجد العيب بعد أخذ الشفيع؛ فالصحيح أن الشفعة لا تنقض[(٩)].

---

(١) من قوله: «فإن قلنا» إلى قوله: «وفي اللحوق بالعقد والشفيع وجهان، وإن قلنا» سقط من (ق).

(٢) الزيادة في (د).

(٣) الزيادة في (د).

(٤) الزيادة في (د).

(٥) ورد في (ق): «ويصير»، وفي (ط): «ولئلا تصير».

(٦) انظر لمزيد من التفصيل: «فتح العزيز» (١١/ ٤٥٦ ـ ٤٥٧).

(٧) ورد في (أ): «أو»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي، ق، د).

(٨) الأظهر أن الشفيع هو الأولى، ذكره الرافعي والنووي في عدة أماكن من كتابيهما، والذي حكاه الإمام من طريقة أخرى قاطعة بأن البائع هو الذي يقدّم. «فتح العزيز» (١١/ ٤١٩)، «الروضة» (٥/ ٩٠).

(٩) ورد في (أ): «لا سعص»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي)، وورد في (ق، د): «ينقص».

ولكن يرد العبد ويرجع إلى قيمة الشقص، فإن كان تسعمائة(١)، أو كان ألفًا ومائة، فهل يجري التراجع بين الشفيع [والمشتري](٢) بالزيادة والنقصان؟ وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الشفعة بناءً على العقد، وهذا أمر حادث(٣).

والثاني: نعم، يرجع الشفيع على المشتري إن نقص، والمشتري على الشفيع إن زاد، [إذ صار](٤) هذا ما قام الشقص به على المشتري(٥).

ـ **السبب الثالث**: المسألة بحالها، وقد طرأ على العبد عيب حادث منع الرد، فطالب البائع المشتري بالأرش، فقد استمرّ(٦) بمقدار(٧) الثمن.

فإن(٨) رضي بالعيب فهل يقتصر من الشفيع بقيمة(٩) المعيب؟

فيه وجهان(١٠) من حيث أنَّه قد يظن أن هذه مسامحة مع المشتري على الخصوص.

---

(١) ورد في (أ): «سبعمائة»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٢) الزيادة من (ق، د، ط، ي).
(٣) وهذا هو الأظهر؛ لأن الشفيع قد ملكه بالعوض المبذول فلا يتغير حكمه بعد ذلك، كما إذا باعه ثُمَّ ردّ البائع العبد بالعيب. «فتح العزيز» (١١/ ٤٥٧)، «روضة الطالبين» (٥/ ٩٠).
(٤) وقع بياض في (أ): والمثبت من (ق، د، ط، ي).
(٥) وهذا القول يحكى عن ابن سريج، ذكره الرافعي في «فتح العزيز» (١١/ ٤٥٧).
(٦) ورد في (د): «استقرّ».
(٧) ورد في (ق، د): «مقدار».
(٨) ورد في (أ): «فإنه»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٩) ورد في (د): «على قيمة».
(١٠) **أحدهما**: أن عليه قيمة العبد سليمًا، ورضا البائع مسامحة منه مع المشتري. **والثاني**: أن تلزمه قيمته معيبًا، حتَّى لو بذل قيمة السليم استرد قيمة السلامة من =

ـ **السبب**[١] **الرابع**: أن يجد المشتري عيبًا بالشقص.

فإن كان بعد أخذ الشفيع؛ فلا رد له ولا أرش؛ لأنَّه روّج على غيره كما روّج عليه، إلَّا أن يرد الشفيع عليه بالعيب، فعند ذلك له الرد على البائع.

فإن وجد العيب قبل أخذ الشفيع، وقد حدث به عيب مانع فاستردّ الأرش، فهذا يلحق الشفيع قطعًا؛ لأنَّه موجب العقد في عين الشقص.

ولو[٢] تصالحا على عوض، وصُحّح الصلح؟ ففي لحوق ذلك الشفيع وجهان[٣]، إذ قد يظن أنَّه عوض عن حق الخيار.

* **الخامسة**: إذا اشترى بكف من الدراهم مجهول[٤] المقدار؛ نصّ الشافعي (رحمه الله)[٥] على سقوط الشفعة؛ إذ الأخذ بالمجهول غير ممكن.

نعم، لو ادَّعى على المشتري العلم به، يحلف على نفي العلم[٦].

= المشتري؛ لأن الذي يلزم الشفيع قيمة المجعول ثمنًا بصفاته، وضعّف الإمام الوجه الأول، وغلَّط من قال به، لكنه هو الذي أورده في «التهذيب». «فتح العزيز» (١١/ ٤٥٨). وانظر كذلك: «روضة الطالبين» (٥/ ٩١).

(١) قوله: «السبب» سقط من (ق، د، ي).

(٢) ورد في (ق، ط): «فلو»، وفي (د): «فإن».

(٣) **أحدهما**: لا يحط عن الشفيع؛ لأن ينزع من البائع. **وأصحّهما**: الحطّ لتقرر الثمن على الباقي.
انظر: «فتح العزيز» (١١/ ٤٥٩)، «روضة الطالبين» (٥/ ٩١).

(٤) ورد في (د): «مجهولة».

(٥) لم يرد في (ق، د، ط، ي).

(٦) قال الرافعي: والمحكي عن النص وأكثر الأصحاب أنَّه يقنع منه بذلك ويحلف عليه، وعن ابن سريج أنَّه لا يقنع بذلك ولا يحلف على نفي العلم. «فتح العزيز» (١١/ ٤٦٠).

وقال ابن سريج: لا تسقط[١] الشفعة، بل يعين الشفيع قدرًا، ويحلف المشتري عليه.

فإن أصرّ على قوله: لا أعرف؛ جُعل ناكلًا، وحلف الشفيع.

فإن حلف على مقدار [يظن أنه[٢] صدق] فيه؛ استحق.

وإن حلف المشتري أن ما عيّنه الشفيع هو دون ما اشتراه به، ولكنه لا يدري قدر الزيادة؛ فيقال للشفيع: زد وادّع، إلى أن يحلف المشتري أو ينكل، وهو كما لو ادّعى ألفًا على إنسان دينًا فقال المدَّعى عليه: لا أدري مقداره[٣]؛ فإنَّه لا يسمع، بل يجعل ناكلًا إن استمرّ عليه.

والمذهب: الأول.

* **السادسة**: الشفيع يسلّم الثمن إلى المشتري، والمشتري إلى البائع، ولا[٤] معاملة بين الشفيع والبائع، هذا هو المذهب.

وفيه وجه: أنَّه يسلم إلى البائع، وكأنّ المشتري عقد له.

ولو كان المبيع في يد البائع، وتعلّل المشتري به لم يكن ذلك عُذرًا؛ فإنَّه إذا سلّم الثمن أُجبر البائع على أخذ الثمن ورفع اليد.

---

(١) ورد في (ق): «يسقط».

(٢) ورد في (أ): «بظن له»، ونحوه في (ط، ي)، والمثبت من (د، و) هو الأولى.

(٣) قال الرافعي: وعلى هذا الخلاف لو قال: نسيت مقدار الثمن الذي اشتريت به، فعلى رأي يجعل قوله: نسيت؛ نكولًا، وتردّ اليمين على الشفيع، قاله القاضي الروياني، وبه قال ابن سريج وابن أبي هريرة، والماوردي، والقفال وهو الاختيار. «فتح العزيز» (١١/ ٤٦٠).

(٤) ورد في (ق): «فلا».

فلو[١] خرج الثمن مستحقًّا؛ نُظر: إن خرج ثمن العقد مستحقًّا؛ فقد بان بُطلان العقد، وانتفاء الشفعة[٢]. وإن خرج ثمن الشفيع مستحقًّا بعد أن أخذ، فإن لم يعرف الشفيع؛ فهو معذور، والقول قوله أنَّه لم يعرف.

ولكن هل يتبيّن أنَّه لم يحصل ملكه بذلك الثمن، وإنَّما يحصل بالثاني؟ فيه وجهان[٣].

و[٤]إن عرف كونه مستحقًّا؛ ففي بطلان شفعته بتقصيره وجهان[٥]، ووجه بقاء الحق: أنَّه لم يقصر في الطلب والأخذ.

---

(١) ورد في (أ): «ولو»، والأولى ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٢) وفي هذه الصورة يجب على الشفيع ردّ الشقص إن كان قد أخذه، وعند أبي حنيفة (رحمه الله) لا يبطل البيع إذا كان الثمن نقدًا، بناءً على أن النقود لا تتعين بالتعيين. «فتح العزيز» (١١/ ٤٦١).

(٣) قال الرافعي: ثُمَّ حكى الإمام وجهين في أنَّا نتبيّن بم يملك؟ بأداء المستحق؛ ويفتقر الآن إلى تملك جديد؟ أو نقول: إنَّه ملكه والثمن دينًا عليه؟ «فتح العزيز» (١١/ ٤٦١).

وقال الغزالي: بأن الأصح هو القول الثاني. قال النووي معلّقًا على كلام الغزالي: وهو خلاف المفهوم من كلام الجمهور.
انظر: «روضة الطالبين» (٥/ ٩٣).

(٤) من هنا إلى قوله: «بتقصيره وجهان» لم يرد في (د).

(٥) قال الرافعي: وإن كان عالمًا، فوجهان: **أحدهما**: أن شفعته تبطل؛ لأنَّه أخذ بما لا يجوز الأخذ به، فكأنَّه ترك الشفعة مع القدرة عليها. **والثاني**: لا تبطل؛ لأنَّه لم يقصر في الطلب والأخذ، والشفعة لا تستحق بمال معين حتَّى تبطل باستحقاقه. والأول هو المذكور في «التهذيب». والثاني ظاهر كلام المزني. واختاره كثير من الأصحاب ومنهم صاحب الكتاب.
«فتح العزيز» (١١/ ٤٦١ ـ ٤٦٢).

ثُمَّ في تبين بطلان الملك بالثمن المستحق وجهان مرتبان، وهاهنا أولى بأن يتبين ويقال: حصل الملك بالثمن[(١)] الثاني.

وتظهر فائدة ذلك في ارتفاع الملك وزيادته.

ولو[(٢)] خرج الثمن زيوفًا؛ لا يبطل الملك الحاصل، ولا حق الشفعة[(٣)]؛ لأن ذلك ممَّا يمكن الرضاء[(٤)] به.

● فرعٌ:

لو خرج الشقص مستحقًّا بعد أن بنى فيه الشفيع، نقض المستحق بناءه مجانًا.

قال القاضي: ويرجع الشفيع على المشتري بأرش النقض إذا قلنا: يرجع المشتري على الغاصب؛ أخذًا من قاعدة الغرور.

وفيه إشكال؛ لأن المشتري مقهور هاهنا، فكيف يحال الغرور إليه[(٥)]؟ ثُمَّ قد يكون جاهلًا. فإن كان مقهورًا؛ لم ينقدح الرجوع. وإن[(٦)] رضي بالثمن أو[(٧)] طلبه؛ انقدح[(٨)]. ثُمَّ إن كان جاهلًا؛ انقدح أن يرجع هو به على البائع، فإنَّه منشأ الغرور.

---

(١) «بالثمن» لم يرد في (ق)، وإنَّما ورد «بالثاني» فقط.
(٢) ورد في (د): «فلو».
(٣) ورد في (د): «للشفعة».
(٤) ورد في (ط، ي): «الرضا» بدون الهمزة.
(٥) ورد في (د): «عليه».
(٦) ورد في (ق، د): «فإن».
(٧) ورد في (د): «وطلبه».
(٨) وردت في (ق) زيادة: «إن قدح».

* **السابعة**: يزيد[(١)] الثمن على الشفيع بأن يبني المشتري ويغرس، فليس له قلعه مجانًا، بل عليه أن يبذل قيمته ويتملك عليه، أو ينقضه بأرش أو يبقيه بأجرة، كما يفعل المعير بالمستعير، خلافًا لأبي حنيفة، فإنَّه قال: ينقضه مجانًا[(٢)].

فأمَّا زرعه فيبقيه بغير أجرة؛ لأن أمده معلوم، وكأنّ المنفعة كالمستوفاة[(٣)] بالزراعة، فهو كما لو اشترى أرضًا مزروعة، إذ الشفيع من المشتري كالمشتري من البائع[(٤)]، وفي العارية يبقى بأجرة.

وقد خُرِّج في مسألتنا أيضًا منه وجه، ولكنه غريب.

وقد اعترض المزني[(٥)] على المسألة وقال: عند الشافعي (رحمه الله)[(٦)] لا يثبت شفعة الجوار، ولا يتصور البناء على المشترك إلَّا بالرضا، فإن لم يكن رضا فهو عدوان منقوض.

فقال الأصحاب: يتصور بأن يقاسم الشريك المشتري على ظنّ أنَّه وكيل البائع، أو يكون غائبًا فيقسم القاضي عنه، أو يكون قد وكّل وكيلًا

---

(١) ورد في (د): «أن يزيد».

(٢) مذهب الحنفية: أنَّه إذا بنى المشتري أو غرس ثُمَّ قضي للشفيع بالشفعة؛ فهو بالخيار، إن شاء أخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس، وإن شاء كلّف المشتري قلعه. «بداية المبتدي» (١/ ٢٠٩). هذا هو ظاهر الرواية في المذهب، وروي عن أبي يوسف (رحمه الله) أنَّه لا يجبر المشتري على قلع البناء والغرس، ولكنه يأخذ الأرض بثمنها والبناء والغرس بقيمته مقلوعًا إن شاء. وإن شاء ترك، وبه أخذ الشافعي (رضي الله عنه). «الهداية» (٤/ ٣٣)، «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٩)، «البحر الرائق» (٨/ ١٥٤ ـ ١٥٥).

(٣) ورد في (د): «المستوفاة».

(٤) ورد في (أ): «النافع»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٥) ورد في (د): «المزني (رضي الله عنه)».

(٦) لم يرد في (ق، د، ط، ي).

في القسمة وهو غائب، فلا يسقط حقه بشيء من ذلك[١].

فإن قيل: فالشفعة لدفع ضرر مؤنة الاستقسام، وكيفما كان فقد انقطع، وهو الآن جار لا يحذر[٢] الاستقسام.

قلنا: ذلك يعتبر حالة الاستحقاق، ودوامه[٣] حالة الأخذ لا يعتبر.

فإن قيل: فلو باع نصيبه مع الجهل بالشفعة؛ ففي بطلان الشفعة خلاف؛ لانقطاع السبب عند الأخذ، فالانقطاع بالقسمة هلّا كان كالانقطاع بالبيع حتّى يخرّج على الخلاف؟

قلنا: قطع الشافعي (رحمه الله)[٤] هاهنا؛ لأنَّه إن[٥] زالت الشركة بقي الجوار، وهو نوع اتصال كان شركة في الابتداء، فلا ينقطع حكمها ما لم يزل تمام الاتصال، فكأنّ اتصال الجوار[٦] يصلح للاستصحاب إن لم يصلح للابتداء[٧].

---

(١) اعتراض المزني (رحمه الله) يتمثل في نقطتين وضحّهما الرافعي بقوله: **أحدهما**: المقاسمة تتضمن الرضا من الشفيع، وإذا رضي الشفيع بمالكية المشتري بطلت الشفعة، فكيف يفرض ثبوت الشفعة مع جريان القسمة؟ **والثاني**: أن القسمة تقطع الشركة وترد العلاقة بينهما إلى الجوار، وحينئذٍ وجب أن لا تبقى الشفعة لاندفاع الضرر الذي كنا نثبت الشفعة لدفعه، كما لا تثبت ابتداءً للجار.
هذا وقد فصّل الرافعي ما أجمله الغزالي من أجوبة الأصحاب على اعتراض المزني. يراجع: «فتح العزيز» (١١/ ٤٦٣ ـ ٤٦٤).

(٢) ورد في (أ): «يجد»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٣) ورد في (ق): «دوام» من غير هاء.

(٤) لم يرد في (ق، ط، ي).

(٥) لم يرد في (د).

(٦) ورد في (ق، د، ي): «الجواز».

(٧) قال الرافعي: وأمَّا الثاني فأجيب عنه بأن الجوار وإن لم يكن يكتفى به في الابتداء إلَّا أنَّه اكتفي به في الدوام عند حصول الشركة في الابتداء، ولم يخرّج على =

أمَّا تصرفات المشتري بالوقف والهبة والوصية فكلّها منقوضة.

وإن باع فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ بالثاني[١]، أو ينقض الثاني ويأخذ بالأول.

وعن أبي إسحاق المروزي أنَّه لا ينقض بيعه؛ لأن الأخذ به[٢] ممكن، [كما][٣] لا ينقض بناؤه مجانًا.

* **الثامنة**: إذا تنازع المشتري والشفيع.

فإن تنازعا[٤] في قدر الثمن[٥]؛ فالقول قول المشتري؛ لأنَّه أعرف به، والملك ملكه، فلا يزال إلَّا بحجة.

وإن أنكر المشتري كونه شريكًا، فعليه إثبات كونه شريكًا، وإلَّا فالقول قول المشتري يحلف على أنَّه لا يعلم [له][٦] في الدار شريكًا[٧]، ولا يلزمه البتّ، بخلاف ما لو ادّعى ملكًا في يده، فإنَّه يجزم[٨] اليمين

= الخلاف في بطلان الشفعة فيما إذا باع نصيبه جاهلًا بالشفعة؛ لأن الجوار على حال ضرب اتصال قد يؤدي إلى التأذي بضيق المرافق وسوء الجوار، ولذلك اختلف العلماء في ثبوت الشفعة. «فتح العزيز» (١١/ ٤٦٤).

(١) ورد في (أ): «بالباقي»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٢) ورد في (ق): «منه».

(٣) الزيادة من (ط، ي).

(٤) ورد في (أ): «تناز»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٥) مثلًا قال المشتري: اشتريت بألف؛ وقال الشفيع: بل بخمسمائة؛ فالقول قول المشتري؛ لأنَّه أعلم بالعقد الذي باشره من الشفيع؛ ولأن الأصل بقاء ملكه حتَّى ينتزع فيما يقر باستحقاق الانتزاع منه، وهذا إذا لم تكن بينة، فإن كان لأحدهما بينة قضي بها. «فتح العزيز» (١١/ ٤٧٠).

(٦) الزيادة من (ق، د، ط، ي).

(٧) ورد في (د): «شركة»، وفي (ط، ي): «شركا».

(٨) ورد في (أ): «بحزم»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي)، وورد في (ق): «يحرم».

على نفي ملك الغير؛ لأن هذا ينزل منزلة نفي فعل الغير.

وإن أنكر المشتري الشراء؟ فإن كان للشفيع بينة أقامها وأخذ الشقص، والثمن[١] يسلّم إلى المشتري إن أقرّ، وإن أصرّ على الإنكار؛ **فثلاثة أوجه**:

أحدها: أنَّه يبقى في يد الشفيع[٢].

والثاني[٣]: يحفظ، كما يحفظ المال الضائع.

والثالث: أنَّه يجبر المشتري على القَبول، حتَّى تبرأ ذمة الشفيع، ويحصل له الملك.

أمَّا إذا لم يكن له بينة، وكان البائع مقرًّا؟

فاختيار المزني: أنَّه يثبت الشفعة؛ لأن البائع والشفيع متقارّان[٤] على أن قرار[٥] الملك للشفيع، فلم يمتنع بقول[٦] من لا قرار لملكه.

والثاني، وهو اختيار ابن سريج ومذهب أبي حنيفة: أنَّه لا يثبت؛ لأنَّه فرع المشتري، ولا يثبت الشراء إلَّا بقول المشتري أو بحجة.

---

(١) ورد في (ق): «واليمين مسلم».

(٢) وهذا هو الوجه الأصحّ كما نصّ عليه الرافعي في «فتح العزيز» في كتاب الإقرار ونصّه هناك: «وإن لم يثبته لنفسه ولا لصاحبه؛ فيترك في يد المدَّعى عليه، أو يحفظه القاضي، أو يسلم إلى صاحبه الذي يدَّعيه، فيه أوجه، **أصحها**: أولها». (١٠/ ٣٣١). وانظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٣٥٨ ـ ٣٥٩).

(٣) ورد في (أ، ي): «والآخر»، والأولى ما أثبتناه من (ط، د).

(٤) ورد في (د): «منقادان».

(٥) ورد في (أ): «إقرار»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٦) ورد في (أ): «يقول»، وفي (ق): «فقول»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

التفريع:

إن قلنا: له الشفعة، فماذا يصنع بالثمن؟ نظر:

إن[١] قال البائع: ما قبضت الثمن؛ فيسلّم إليه. وفي كيفيته وجهان:

أحدهما: أنَّه يسلّم إليه ابتداء[٢]؛ لأنَّه الأقرب.

والثاني: أنَّه ينصب القاضي عن المشتري نائبًا ليقبض له، ثُمَّ يسلم عن جهته إلى البائع. وفيه إشكال؛ إذ نصيب النائب عمن ينكر الحق لنفسه بعيد.

وإن قال البائع: قبضت الثمن؛ **فوجهان**[٣]:

أحدهما: أنَّه يترك في يد الشفيع، فلعلّ المشتري يقر.

والثاني: يحفظه القاضي، فإنَّه ضائع.

وقيل[٤]: إنَّه تسقط[٥] الشفعة إذا أقر البائع بالقبض، لعسر[٦] الأمر.

---

(١) ورد في (د، ط): «فإن».

(٢) قال الرافعي: فإن قلنا بالثبوت (أي بثبوت الشفعة) فإلى من يسلّم الثمن؟ فيه وجهان: **أظهرهما**: وهو المذكور في الكتاب: إلى البائع، وتكون عهدته عليه؛ لأنَّه يتلقى الملك منه. فكأنّ الشفيع في هذه الصورة هو المشتري. «فتح العزيز» (١١/ ٤٧٤)، «روضة الطالبين» (٥/ ٩٩).

(٣) قال الرافعي: وإن اعترف مع البيع بقبض الثمن، وأثبتنا الشفعة ففي هذه الصورة وجهان: **أظهرهما**: الثبوت، ثُمَّ الثمن يترك في يد الشفيع أو يأخذه القاضي ويحفظه، أو يجبر المشتري على قبوله أو الإبراء منه، فيه الأوجه السابقة. «فتح العزيز» (١١/ ٤٧٥).

(٤) ورد في (ق): «وقد قيل» بزيادة «قد».

(٥) ورد في (ق): «يسقط».

(٦) ورد في (ق): «تعتبر».

الفَصْلُ الثَّالث

في الأخذ عند تزاحم الشركاء

وله ثلاثة أحوال:

*** [الحالة][١] الأولى[٢]: إذا توافقوا في الطلب وُزِّع عليهم بالسوية:**

فإن تفاوتت حصصهم؛ فقولان:

أحدهما: أنَّه يوزّع[٣] على عدد الرؤوس؛ وهو القول القديم، وهو مذهب أبي حنيفة والمزني[٤].

والثاني: أنَّه يوزع على الحصص؛ وهو الجديد[٥]، وتوجيهه مذكور في الخلاف.

*** فروع ثلاثة:**

● **الأول**: إذا مات الشفيع وخلف ابنًا وبنتًا؛ وقلنا: الشفعة على قدر الرؤوس، فهاهنا في التفاوت وجهان، ومأخذه: أن الوارث يأخذ بشركته

---

(١) الزيادة من (ط).

(٢) ورد في (أ): «الأول»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، د، ق).

(٣) ورد في (أ): «توزع»، والأولى ما أثبتناه من (د، ط، ي).

(٤) مذهب الحنفية أنَّه إذا اجتمع الشفعاء، فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم، ولا يعتبر اختلاف الأملاك؛ لأنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق. انظر: «الهداية» للمرغيناني (٤/ ٢٥)، «المجلة» (ص١٩٦)، «البحر الرائق» (٨/ ١٤٥)، «المبسوط» للسرخسي (٢٢/ ١٤٧).

(٥) وهو الأصحّ من القولين؛ لأن الشفعة من مرافق الملك فيقدر الملك ككسب العبد المشترك والنتاج والثمار. انظر: «فتح العزيز» (١١/ ٤٧٧)، «روضة الطالبين» (٥/ ١٠٠)، «مغني المحتاج» (٢/ ٣٠٥).

الناجزة، أو يرث حق الشفعة؟ والأصحّ: أنَّه يرث ويتفاوتان للتفاوت في الإرث.

• و[الثاني][١]: لو مات [رجل][٢] وخلف ابنين[٣] ودارًا بينهما[٤]، فمات أحد الابنين[٥]، وخلف ولدين، فباع أحدهما نصيبه؛ فالجديد وهو القياس الحق: أن الشفعة يشترك[٦] فيها أخوه وعمه. والقول القديم: أن الأخ يتقدم لقرب[٧] الإدلاء[٨] بالأخوة، وهو بعيد.

• **الثالث**[٩]: إذا باع أحد الشريكين نصيبه من شخصين في صفقتين متعاقبتين، فإنَّ المشتري[١٠] الأول شريكه[١١] عند الشراء الثاني؛ فهل يساهم الشريك القديم في[١٢] الشفعة مع أن حصته التي بها استحقاقه معرضة لنقض الشريك القديم، **فيه ثلاثة أوجه**:

أحدها: لا؛ لأنَّه ملك مزلزل[١٣] معرّض للنقض، فكيف ينقض به غيره، وهو غير مصون عن النقض في نفسه؟

---

(١) الزيادة في (د)، ونحوه على هامش (ط).
(٢) الزيادة في (ق، د، ط).
(٣) ورد في (أ): «بنين»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).
(٤) لم يرد في (ق).
(٥) ورد في (د): «أحدهما».
(٦) ورد في (ق، د): «يشرك».
(٧) ورد في (ق): «يقدم أقرب»، وفي (د): «مقدم لأنَّه أقرب».
(٨) ورد في (أ): «الأولاد»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).
(٩) ورد في (أ): «الثاني»، ونحوه في (ي)، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط).
(١٠) ورد في (ق، د، ط، ي): «فالمشتري الأول» من غير «فإن».
(١١) ورد في (ق، د، ط): «شريك».
(١٢) من هنا إلى قوله: «لنقض الشريك القديم» لم يرد في (د).
(١٣) ورد في (د): «متزلزل».

والثاني: نعم؛ لأنَّه شريك حالة الشراء، فتوقّع زوال ملكه لا يمنعه من الحق.

والثالث: أن الشريك القديم إن عفا عن الشفعة في نصيبه فقد استقرّ ملكه؛ فله الأخذ. وإن كان يأخذه، فلا يحسن الأخذ بالمأخوذ في نفسه[١].

*** الحالة الثانية: أن يعفو بعض الشركاء:**

نقدم[٢] عليه أن المنفرد لو عفا عن بعض حقه سقط كل حقه؛ لأن التجزئة إضرار بالمشتري، وما امتنع تجزئته[٣] فإسقاط بعضه إسقاط كله كالقصاص[٤]، وفيه وجهان غريبان:

أحدهما: أنَّه لا يسقط شيء أصلًا؛ لأن مبنى القصاص على السقوط، بخلاف الشفعة.

والثاني: [أنه][٥] يسقط ما أسقطه، ويبقى الباقي إن رضي به المشتري.

أمَّا إذا عفا أحد الشركاء؛ فالمذهب أن الشريك الآخر يأخذ الكل ويسقط حق المسقط[٦].

---

(١) قال الرافعي: وهذا هو الظاهر، وذلك هو التفريق بين أن يعفو عن النصف الأول أو لا يعفو. «فتح العزيز» (١١/ ٤٨٢)، كما صحّحه النووي في «الروضة» (٥/ ١٠١)، والشربيني في «مغني المحتاج» (٢/ ٣٠٥).

(٢) ورد في (أ): «يقدم»، وفي (ق): «فيقدم»، والمثبت هو الصحيح من (د، ط، ي).

(٣) ورد في (أ): «بجزئيته»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).

(٤) وهذا هو الأصحّ كما ذكره الرافعي في «فتح العزيز» (١١/ ٤٨٢).

(٥) الزيادة في (ق، د، ط، ي).

(٦) قال الرافعي: والرابع وهو الأصح: أن حق العافي يسقط، ويثبت الحق بكماله =

وقيل: إنَّه يأخذ الثاني[١] نصيبه. وقيل: إنَّه يسقط نصيب الآخرين كما في القصاص. وقيل: لا يسقط حق المسقط. والكل بعيد.

* الحالة الثالثة: أن يغيب بعض الشركاء:

فالحاضر يأخذ الكل حذرًا[٢] من التشطير على المشتري، فإذا حضر الآخر شاطر الأول، وإن[٣] حضر ثالث قاسمهما، فإن أخّر الأول تسليم كل الثمن[٤] وقال: أؤخّر إلى حضور الآخرين؛ ففي بطلان حقه وجهان[٥]، ثُمَّ إذا أخذ الثاني[٦] من الأول لم يطالبه بالغلة للمدة الماضية؛ لأنَّه متملك عليه، كما أن الشفيع متملك[٧] على المشتري.

فرعٌ:

لا يجوز التبعيض على المشتري مهما اتّحدت[٨] صفقته، فإن تعدّدت الصفقة بتعدّد البائع، أو بتعدّد المشتري؛ فله أخذ[٩] مضمون

= للثاني، فإن شاء ترك الكل، وإن شاء أخذ الكل، وليس له أن يقتصر على أخذ حصته لولا العفو لما فيه من تبعيض الصفقة على المشتري. «فتح العزيز» (١١/ ٤٨٣).

(١) ورد في (ق): «الباقي».
(٢) في (أ، د، ق): «أخذ...»، وورد في (ق، د، ط): «حذارًا».
(٣) ورد في (ط، ي): «فإن».
(٤) قوله: «كل الثمن» لم يرد في (ق).
(٥) **أحدهما**: لا؛ لتمكنه من الأخذ، وبه قال ابن أبي هريرة، **وأصحهما** عن الشيخ أبي حامد، ويحكى عن ابن سريج وأبي إسحاق: نعم؛ لأنَّه تأخير بالعذر. «فتح العزيز» (١١/ ٤٨٥).
(٦) ورد في (ق): «الباقي».
(٧) ورد في (د، ي): «يتملك».
(٨) ورد في (ق): «اتخذت».
(٩) ورد في (أ): «أحد»، والصحيح ما أثبتناه من (د، ط، ي).

إحداهما[(١)]. وفيما [إذا][(٢)] اتّحد[(٣)] المشتري وتعدّد البائع وجه: أنّه لا يأخذ إلّا الكلّ.

أمّا إذا اشترى شقصين من دارين، والشريك فيهما واحد؛ ففيه **وجهان**:

أحدهما: يأخذ الكل؛ حذارًا من تفريق الصفقة وهي متّحدة.

والثاني: له الاقتصار على واحد، كما لو لم يكن شريكًا إلّا في أحدهما[(٤)].

❑❑❑

---

(١) ورد في (أ): «أحدهما»، والأولى ما أثبتناه من (ق، ي، ط).

(٢) الزيادة من (د، ي، ط).

(٣) ورد في (ق): «اتحد».

(٤) قال الرافعي: ولو باع شقصين من دارين صفقة واحدة، فإن كان الشفيع في أحدهما غير الشفيع في الأخرى؛ فلكل واحد منهما أن يأخذ ما هو شريك فيه، وافقه الآخر في الأخذ أم لا، وإن كان الشفيع فيهما واحدًا؛ **فوجهان**:
أحدهما: ويروى عن أبي حنيفة أنّه لا يجوز؛ لأن الصفقة متحدة.
وأصحهما: الجواز؛ لأنّه لا يفضي إلى تبعيض الشيء، وذلك التبعيض هو الذي يوجب الضرر. «فتح العزيز» (١١/ ٤٨٩)، «روضة الطالبين» (٥/ ١٠٦ ـ ١٠٧)، «مغني المحتاج» (٢/ ٣٠٦ ـ ٣٠٧).

البابُ الثَّالث

فيما يسقط به حق الشفعة[١]

وقد اختلف في مدَّته قول الشافعي (رحمه الله)[٢].

* **فالصحيح**[٣]، وهو الجديد[٤]: أنَّه على الفور؛ لقوله عليه السَّلام: «**الشفعة كحلّ العقال**»[٥]، ولأنَّه قريب الشبه من الرد بالعيب، فإنَّه نقض

(١) قوله: «فيما يسقط به حق الشفعة» لم يرد في (ق).

(٢) لم يرد في (ق، د، ط، ي).

(٣) ورد في (د، ط): «والصحيح».

(٤) ورد على هامش (ط): «كان ينبغي أن يقول: وهو المشهور في الجديد؛ فإنَّ حرملة أيضًا من الجديد.

(٥) رواه ابن ماجه في «سننه» باب طلب الشفعة (٢٥٠٠)، قال الكناني: هذا إسناد ضعيف، محمد بن عبد الرحمن البيلماني قال فيه ابن عدي: كل ما يرويه ابن البيلماني فالبلاء فيه، وإذا روى عنه محمد بن الحارث؛ فهما ضعيفان. وقال ابن حبان: حدث عن أبيه بنسخة موضوعة، لا يجوز الاحتجاج به، ولا ذكره إلَّا على وجه التعجب. «مصباح الزجاجة» (٣/ ٩١) (ط دار العربية بيروت).
وقال الحافظ ابن حجر: إسناده ضعيف جدًّا، ثُمَّ ذكر كلام العلماء في البيلماني، «التلخيص الحبير» (٣/ ٥٦)، ورواه البيهقي في «السنن الكبرى» باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة (٦/ ١٠٨: ١١٣٦٨)، والذهبي في «ميزان الاعتدال في نقد الرجال» (٦/ ٢٢٦). في ترجمة محمد بن عبد الرحمن البيلماني، وابن حبان في «المجروحين» (٢/ ٢٦٦). قال ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير»: رواه ابن ماجه، والبزار من رواية ابن عمر بإسناد ضعيف، قال أبو زرعة: حديث منكر، وقال ابن حبان: لا أصل له، وقال البيهقي: ليس بثابت =

ملك لدفع ضرره[١].

* **والثاني** ـ وهو الذي رواه حرملة ـ: أنَّه يتمادى [إلى][٢] ثلاثة أيام؛ لأن التأبيد إضرار بالمشتري، وإيجاب الفور إضرار بالشفيع، فإنَّه قد يحتاج إلى رويّة[٣]، ومدة النظر في الشرع ثلاثة أيام[٤]؛ بدليل مدة الخيار.

ويطَّرد هذان القولان في قتل المرتد، وتارك الصلاة، وطلاق المولي، ونفي الولد باللعان، وفسخ الزوجة بإعسار الزوج، وخيار الأَمَةِ إذا عتقت.

* **والثالث**: أنه على التأبيد، كحق القصاص. وهذا القول لا يطرد إلَّا في خيار الأمة. وعلى هذا اختلفوا في أمرين:

أحدهما: أنه يسقط بصريح[٥] الإبطال.

وهل يسقط بدلالة[٦] الإبطال؛ كقوله: بعه ممن شئت؟ فيه وجهان[٧].

= (٢/ ١٠٢)، كما ضعّفه الشيخ الألباني في «إرواء الغليل» برقم (١٥٤٢). وفي «ضعيف الجامع الصغير» برقم (٣٤٣٩)، كما أورده المتقي الهندي في «كنز العمال» (١٧٦٨٦)، وكذلك (١٧٧١٨).

(١) ورد في (ق، د، ط، ي): «ضرر».

(٢) الزيادة في (د).

(٣) ورد في (أ): «رؤية»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٤) قال الرافعي: والثاني أنَّه على التراخي. وعلى هذا، ففي تقرير مدته قولان: **أظهرهما**: أنها تمتد إلى ثلاثة أيام؛ لأن الحكم بالفور يضر بالشفيع، فإنَّه قد يحتاج إلى تأمل ونظر، والحكم بالتأبيد يضر بالمشتري؛ لأنَّه لا يأمن من أخذ الشفيع فتفوت عليه العمارة والتصرف، فلا بدّ من حد فاصل، فجعلت الثلاثة حدًّا ممَّا في خيار الشرط وغيره. **والثاني**: عن حكاية صاحب «التقريب»: أنَّه يمتد إلى أن تمضي مدة التدبر في ملك ذلك الشقص. «فتح العزيز» (١١/ ٤٩٠ ـ ٤٩١).

(٥) ورد في (أ): «بتصريح»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).

(٦) ومما له دلالة الإبطال قوله للمشتري: بع الشقص ممن شئت، أو هَبْه؛ ولو قال: بعه أو هبه مني، أو قاسمني عليه؛ فكذلك.

(٧) والأظهر في دلالة الإبطال: البطلان، نصّ عليه الرافعي في «فتح العزيز» (١١/ ٤٩١).

والثاني: أن المشتري هل يرفع الشفيع إلى القاضي ليأخذ، أو يسقط حتى يكون على ثقة في[١] التصرف؟ **فيه قولان**[٢].

والتفريع بعد هذا على الصحيح، وهو أنه على الفور، فيسقط[٣] بكلّ ما يعدّ في العرف[٤] تقصيرًا في الطلب. وما لا يعدّ تقصيرًا؛ فلا.

وبيانه بصور:

• **الأولى**: أنه[٥] إذا بلغه الخبر، فينبغي أن يشهد[٦] على الطلب، وينهض إلى طلب المشتري أو يبعث وكيلًا. فإن كان عاجزًا عن طلبه بمرض أو حبس[٧] في باطل؟ فإن كان[٨] في دين حق؛ فهو[٩] غير قادر على الأداء. أو كان المشتري غائبًا، ولم يجد في الحال رفقة يخرج معها وكيله؛ فلا يسقط حقه، فإنه معذور.

فإن كان المشتري حاضرًا، فخرج بنفسه ولم يشهد؛ فالمذهب أنه ليس بتقصير، وإن لم يخرج بنفسه لعذر[١٠]، وقدر على التوكيل فلم يوكل؛

---

(١) ورد في (د، ط): «من».

(٢) **الأول**: أنّ للمشتري أن يرفعه إلى الحاكم إذا لم يأخذ الشفيع ولم يعف، ليلزمه الأخذ أو العفو. **والثاني**: أنه ليس له ذلك، تنزيلًا للشفيع منزلة مستحق القصاص. «فتح العزيز» (١١/ ٤٩١).

(٣) ورد في (أ): «فسقط»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

(٤) قوله «في العرف» لم يرد في (د).

(٥) لم يرد في (ق، د).

(٦) ورد في (ق): «يطلب».

(٧) ورد في (ق، د): «جنس».

(٨) في (أ، د، ط، ق): «فإنه إن كان».

(٩) ورد في (ط): «وهو قادر على الأداء»، وفي (ي): «فهو قادر على الأداء»، ونحوه في (ق، د).

(١٠) ورد في (أ): «بعدد»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).

فثلاثة أوجه[١]، **الثالث**: أنه كان يلزمه فيه سنة أو مؤنة فهو معذور، وإلَّا فلا.

فإن عجز عن التوكيل؛ فليُشهد، فإن لم يفعل؛ **فقولان**:

ـ **أحدهما**: أن الإشهاد مستحب[٢]؛ قطعًا للنزاع، وإلَّا فلا حاجة إليه[٣].

ـ **والثاني**: أنَّه في الحال لا أقل من الإشهاد، إذا لم ينهض للطلب[٤].

● **الثانية**: لو كان في حمام، أو على طعام، أو في نافلة؛ فالأصحّ: أنَّه لا يلزمه القطع ومخالفة العادة، بل يجري على المعتاد، وفيه وجه: أنَّه يلزمه ذلك تحقيقًا للبدار[٥].

● **الثالثة**: أنَّه لو أخّر ثُمَّ قال: إنَّما أخّرت لأني لم أصدّق المخبر؛ نُظر: فإن أخبره عدلان؛ فلا يُعذر. وإن أخبره فاسق أو صبي أو كافر

---

(١) قال الرافعي: **أصحها**: بطلان الشفعة كما لو أمكنه الطلب بنفسه، فقصر. **والثاني** وبه قال أبو علي الطبري: لا يبطل؛ لأنه يلزمه في التوكيل منة أو مؤنة، «فتح العزيز» (١١/ ٤٩٢).

(٢) ورد في (ق، د، ط): «يستحب».

(٣) قال الرافعي: وهذا ما اختاره الشيخ أبو محمد، «فتح العزيز» (١١/ ٤٩٢)، والأظهر هو القول الثاني أنَّه يبطل حقه؛ لأن السكوت مع التمكن من الإشهاد مشعر بالرضا. وقال النووي: فإن لم يُشهد، بطلت على الأظهر أو الأصح. «روضة الطالبين» (٥/ ١٠٧)، «فتح العزيز» (١١/ ٤٩٢).

(٤) ورد في (ق): «إلى الطلب».

(٥) هذا هو الضرب الثاني، أي ما ينتظر زواله عن قريب، بأن كان مشغولًا بطعام أو صلاة، أو قضاء حاجة أو في حمام، فله الإتمام ولا يكلف قطعها على خلاف المعهود. «فتح العزيز» (١١/ ٤٩٣).

ومَن لا تُقبل روايته؛ فمعذور[١]. وإن أخبره عدل واحد أو عبيد ومن تُقبل روايته لا شهادته؛ فوجهان[٢]، والأصحّ: أنَّه لا يُعذر.

ولو كذب المخبر وقال: بيع بألفين؛ فإذا هو بألف، أو بالصحيح؛ فإذا هو مكسر، أو بالمؤجل؛ فإذا هو حال، أو بالعكس، أو بيع من زيد؛ فإذا [هو][٣] من عمرو، أو قيل: اشترى النصف بخمسين؛ فإذا هو اشترى الكل بمائة، أو بيع بالدراهم؛ فإذا هو بالدنانير، أو بالعكس، فعفا، ثُمَّ تبين كذب المخبر؛ فحقه باقٍ، وله الطلب.

ولو أخبر أنَّه بيع بألف، فإذا هو بألفين، فعفا ثُمَّ طلب؛ فلا؛ لأن من رغب عن ألف، فهو عن ألفين أرغب[٤].

ولو قال: جهلت بطلان الحق بالتأخير؛ وكان ممن يشتبه[٥] على مثله؛ فهو أيضًا معذور.

● **الرابعة**: إذا ألفى[٦] المشتري فقال: السَّلام عليك، جئت طالبًا؛ لم يبطل حقه؛ لأنَّه إقامة سُنَّة.

ولو قال: اشتريت رخيصًا وأنا طالب؛ بطل حقه؛ لأنَّه اشتغل بفضول لا فائدة له فيه.

---

(١) ورد في (د): «معذور».

(٢) **أحدهما**: لا يبطل حقه؛ لأن الحجة لا تقوم بالواحد، وهو رواية عن أبي حنيفة ذكره في «التتمة». **وأظهرهما**: البطلان؛ لأنَّه إخبار، وإخبارهم مقبول، وفي «النهاية» أنهم ألحقوا العبد بالفاسق؛ لأنَّه ليس من أهل الشهادة. «فتح العزيز» (١١/ ٤٩٤).

(٣) الزيادة في (ط، ي).

(٤) انظر لمزيد من التفصيل والشرح والتوضيح: «فتح العزيز» (١١/ ٤٩٦).

(٥) ورد في (د): «يشبه».

(٦) ورد في (ط، ي): «لقي»، والمعنى واحد.

فإن قال: بارك الله لك في صفقة يمينك وأنا طالب؛ قال العراقيون: لا تبطل[١]؛ لأنَّه تهنئة، وقياس المراوزة: الإبطال؛ لأنَّه فضول في هذا الموضع.

ولو قال: بكم اشتريت؟ قال العراقيون: تبطل، وقال المراوزة: لا[٢]؛ لأن له غرضًا، فلعله يستنطقه بالإقرار، ويتبين المقدار، إذ عليه تبتني رغبته[٣] في الطلب.

● **الخامسة**: إذا زرع المشتري الأرض ثُمَّ علمه الشفيع فأخَّر تسليم الثمن؛ لأنَّه لا ينتفع في الحال: لا يبطل حقه؛ لأنَّه لا يتحصل على فائدة في الحال، ولكن ينبغي أن يعجل الطلب ويؤخر الثمن.

● **السادسة**: لو باع ملكه قبل الأخذ مع العلم بالشفعة[٤]؛ فهو إسقاط للشفعة.

وإن كان جاهلًا؛ **فقولان**:

أحدهما: يسقط[٥]؛ إذ لم يبق شريكًا؛ فلا ضرر[٦] عليه.

---

(١) وهذا هو الأصحّ، وهو الذي أورده المعظم أنَّه لا يبطل؛ لأنَّه قد يدعو بالبركة ليأخذ بصفقة مباركة، ذكره الرافعي في «فتح العزيز» (١١/ ٤٩٦)، والنووي في «روضة الطالبين» (٥/ ١١٠).

(٢) وهذا هو الأصحّ؛ لأنَّه إن لم يعلم قدر الثمن؛ فلا بدّ من البحث عنه، وإن علم؛ فيجوز أن يريد أخذ إقرار المشتري كيلا ينازعه في الثمن. «فتح العزيز» (١١/ ٤٩٦)، «روضة الطالبين» (٥/ ١١٠).

(٣) ورد في (ق): «وعليه يبتني رغبته»، وفي (د): «عليه يبتنى رغبته».

(٤) قوله: «قبل الأخذ مع العلم بالشفعة» لم يرد في (ق).

(٥) وهذا هو الأشبه والأصحّ، نصّ عليه الرافعي في «فتح العزيز» (١١/ ٤٩٧)، والنووي في «روضة الطالبين» (٥/ ١١١).

(٦) ورد في (د): «فلا يبقى عليه ضرر».

والثاني: أنَّه لا يبطل؛ لأن الحق ثبت ولم يجر[١] إسقاطه[٢]؛ فيبقى.

ومثله[٣] جار في الأَمَة إذا لم يشعر حتَّى عتق العبد، والمشتري إذا لم يشعر بالعيب حتَّى زال.

● **السابعة**: لا يجوز أخذ العوض عن حق الشفعة، ولا عن حدّ القذف، ولا عن مقاعد الأسواق.

وقال أبو إسحاق المروزي[٤]: أنا أخالف الأصحاب في هذه المسائل الثلاث[٥].

والمقصود: أنَّه لو صالح الشفيع بطلت شفعته، ولم يثبت العوض إن كان عالمًا بالبطلان. وإن ظنّ الصحة؛ فوجهان، والأولى أن لا يبطل.

* **فرعٌ**:

إذا تنازعا في العفو[٦]؛ فالقول قول الشفيع أنَّه ما عفا.

فلو أقام[٧] بيِّنة[٨] على أنَّه أخذ بالشفعة، والشيء في يده، وأقام المشتري بيِّنة على العفو؛ **فوجهان**[٩]:

أحدهما: بيِّنة الشفيع أولى؛ لأنَّه صاحب اليد.

---

(١) ورد في (أ): «لم يجز»، والصحيح ما أثبتناه من (ط، ي).
(٢) ورد في (ق، د، ط، ي): «إسقاط» من غير هاء.
(٣) ورد في (أ): «بمثله جاز»، والصحيح ما أثبتناه من (ق، د، ط، ي).
(٤) اختار الإمام أبو إسحاق المروزي صحته. انظر: «فتح العزيز» (١١/٤٩٨)، «روضة الطالبين» (٥/١١١).
(٥) ورد في (أ): «الثلاثة»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي).
(٦) ورد في (ق): «العقد».
(٧) ورد في (د): «ولو قامت».
(٨) كلمة «بينة» لم ترد في (ق).
(٩) وردت في (د): «ففيه وجهان».

والثاني: بيِّنة المشتري أولى(١)؛ لأنها تشتمل(٢) على مزيد، وليس فيه تكذيب الآخر.

فلو شهد البائع على العفو قبل قبض الثمن لم يجز؛ إذ بقي له علقة الرجوع بالإفلاس.

وبعد القبض وجهان(٣) من حيث توقعُ الترادّ بالأسباب.

ولو شهد بعض الشركاء على البعض بالعفو، فإن(٤) كان قد عفا الشاهد؛ قبلت شهادته، وإلَّا فلا، فإنَّه يجرّ إلى نفسه نفعًا. [والله أعلم](٥).

❑❑❑

(١) هذا هو الأظهر والأصح، كما نصّ عليه الرافعي في «فتح العزيز» (١١/ ٥٠٠)، والنووي في «الروضة» (٥/ ١١٣).
(٢) ورد في (أ): «لأنَّه يشتمل»، والأولى ما أثبتناه من (ط، ي، د)، وورد في (ق): «يسجل».
(٣) ورد في (د): «فوجهان».
(٤) ورد في (أ): «وإن»، والأولى ما أثبتناه من (ط، د).
(٥) الزيادة في (ق).

فهرس موضوعات الوسيط

المجلد الرابع

الموضوع	الصفحة
كتاب السَّلَمِ والقرض	
وفيه قسمان:	٥
القسم الأول: السَّلَم	
الأصل فيه قوله ﷺ: «من أسلم فليسلم في كيل...»	٧
بم يثبت الدين؟	٧
السلم فيه ثلاثة أبواب:	٧
*** الباب الأول: في شرائطه**	٨
*** الأول: أن يكون الـمُسْلَمُ فيه دَينًا؛ لأن لفظ السَّلَم والسَّلَف للدين**	٨
في انعقاد البيع بلفظ السَّلم قولان	٨
في ثبوت شرائط السَّلم	٩
هل يشترط في المُسْلَم فيه بعد كونه دَيْنًا تأجيله؟	١٠
ثم له ثلاثة أحوال	١٠
*** الشرط الثاني: القدرة على التسليم**	١٣

العجز مانع، وهو ينقسم إلى قسمين: ١٣
● العجز المقارن ١٤
● العجز الطارئ ١٥
*** الشرط الثالث: أن يكون المسلم فيه معلوم الوصف** ١٦
فرعان: أحدهما: أن الوصف المعرف ينبغي أن يكون معلومًا لغير المتعاقدين حتَّى يرجع إليهم عند التنازع ١٧
وكذا المكيال ليكون معروفًا لغيرهما ١٧
الثاني: لو أسلم في الجيد... والأجود... والرديء... والأردأ... ..... ١٧
*** الشرط الرابع: تعريف المقدار بالوزن أو الكيل** ١٨
فرع: إذا عين مكيالًا لا يعتاد الكيل به؟ بطل العقد ١٩
أمَّا إذا عين مكيالًا معتادًا وشرط الكيل به، هل يفسد العقد؟ ١٩
*** الشرط الخامس: تعيين مكان التسليم في المسلم فيه** ٢٠
*** الشرط السادس: تسليم رأس المال في المجلس** ٢١
فرع: إذا فسخ السلم بسبب، استرد عين رأس المال إن كان معينًا عند العقد ٢٢
*** الشرط السابع: تقدير رأس المال** ٢٢
*** الباب الثاني: في بيان ما يجب وصفه في المسلم فيه على التفصيل، وما يمتنع السلم فيه لعزة وجوده أو لعدم إحاطة الوصف به** ٢٤
النظر في: أجناس المال: ٢٤
*** الجنس الأول: الحيوان** ٢٤
المعتمد فيه الأحاديث والآثار ٢٥

* وفيه رتب: ٢٥
• الأولى: السَّلَم في الرقيق ٢٥
• الرتبة الثانية: البهائم ٢٦
فرع: إذا اختلف نعم بني فلان ٢٧
• الرتبة الثالثة: الطيور ٢٨
فرع: إذا اشترط مع الجارية الخادمة ولدها جاز ٢٨
* الجنس الثاني: في أجزاء الحيوان وزوائده ٢٨
المسألة الأولى: يصح السلم في اللحم ٢٨
المسألة الثانية: إذا شرط في اللحم والهزال ٢٨
المسألة الثالثة: السلم في رؤوس الحيوانات ٢٩
المسألة الرابعة: السمك المملح ٣٠
المسألة الخامسة: الجلود المدبوغة ٣٠
المسألة السادسة: السلم في زوائد الحيوان ٣٠
* الجنس الثالث: الثياب وأصولها ٣٠
* الجنس الرابع: الفواكه ٣١
* الجنس الخامس: الخشب ٣٢
* الجنس السادس: في الجواهر ٣٢
* الجنس السابع: المختلطات ٣٣
الضرب الأول: المختلط خلقه ٣٣
الضرب الثاني: ما لا يقصد خليطه ٣٤
الضرب الثالث: ما يقصد جميع أركانه ٣٤

* **الباب الثالث: في أداء المسلم فيه** ٣٦
والنظر في: صفته، وزمانه، ومكانه ٣٦
* **أما الصفة** ٣٦
* **أما الزمان** ٣٧
* **فرعان**: أحدهما: لو خاف المسلَم إليه الانقطاع لدى المحل ٣٨
الثاني: لو سلَّم في غير مكان العقد وكان فيه مؤنه ٣٨
* **أما مكان التسليم** ٣٩

القسم الثاني من الكتاب:
النظر في القرض

والنظر في: حقيقته، وركنه، وشرطه، وحكمه ٤٠
* **أمَّا الحقيقة** ٤١
فهي مكرمة، جوَّزتها الشريعة لحاجة الفقراء ٤١
* **أمَّا** ركنه: **فالمقرض، والمقترض، والصيغة** ٤٣
• أما الصيغة ٤٣
هل يشترط القبول ٤٣
• أما المقرِض ٤٣
• أما المقرَض ٤٤
* **أما شرطه** ٤٦
وللشروط صور: إحداها: أن يشترط الكفيل والرهن ٤٦
الثانية: أن يشترط في الصحيح در المكس ٤٧

الثالثة: أن يقول: أقرضتك هذا بشرط أن أقرضك غيره (وهذا في الربويات) ٤٧
أما في غير الربويات ففي شرط الزيادة وجهان ٤٧
*** أما حكمه** ٤٩
● التمليك بالقبض ٤٩
● التمليك بالتصرف ٤٩
التفريع: إن قلنا يملك بالقبض فله أن يرده بعينه ٤٩

كتاب الرهن

وفيه أربعة أبواب: ٥٣

الباب الأول
في أركان عقد الرهن ومصحِّحاته

*** وأركانه أربعة: الراهن، والمرهون، والمرهون به، وصيغة العقد** ٥٥
* **الركن الأول: المرهون، وفيه ثلاثة شرائط**: ٥٥
● **الشرط الأول**: أن يكون عينًا ٥٥
فرع: الإفراز ليس بشرط بل يصح ٥٦
● **الشرط الثاني**: أن يكون المرهون قابلًا للبيع عند حلول الحق ٥٦
بيان هذا الشرط برسم ثمان مسائل: ٥٦
المسألة الأولى: رهن سواد العراق ٥٦
المسألة الثانية: رهن المبيع زمان الخيار ٥٧
المسألة الثالثة: رهن الأم دون ولدها ٥٧
التفريع: إن قلنا تباع مفردًا فلا كلام ٥٨

المسألة الرابعة: رهن ما يتسارع إليه الفساد بالدين ٥٩
المسالة الخامسة: رهن عبد المرتد ٦٠
المسألة السادسة: رهن عبد الجاني ٦٠
فرع: لو حفر العبد بئرًا فرهن، فتردى فيه إنسان ٦٠
المسألة السابعة: إذا علَّق عتق العبد بصفة ٦١
المسالة الثامنة: إذا رهن الثمار على الأشجار ٦٢
مثارات الفساد ٦٢
فرع: إذا تلاحقت الثمار بعد الرهن ٦٣
● **الشرط الثالث**: أن لا يمتنع إثبات يد المرتهن عليه وقبضه له ٦٤
فيه مسألتان: **إحداهما**: رهن المصحف والعبد المسلم من الكافر ٦٤
الثانية: رهن الجواري ٦٤
هل يشترط أن يكون المرهون ملك الراهن؟ ٦٥
ويتبين في ثلاثة أحكام: ٦٦
الحكم الأول: اللزوم في حق المعير ٦٦
الحكم الثاني: العبد لو تلف في يد المرتهن فهو غير ضامن ٦٨
فرع: لو بيع عبد في الدَّين بإذن مجدد، أو بأصل الرهن ٦٨
الحكم الثالث: هل يشترط في الإعارة معرفة قدر الدين وجنسه وحلوله وتأجيله؟ ٦٩
فرع: إذا عين المُعيرُ شيئًا من ذلك ٦٩
* **الركن الثاني: المرهون به، وله ثلاث شرائط**: ٧٠
وهو أن يكون: دينًا، ثابتًا، لازمًا ٧٠

• **الشرط الأول**: أن يكون دينًا، فلا يجوز الرهن بعين مغصوبة ولا مستعارة ٧٠
• **الشرط الثاني**: أن يكون الدَّين ثابتًا ٧٠
فرع: لو مزجا شِقَّي البيع بشقَّي الرهن ٧١
• **الشرط الثالث**: لزوم الدين ٧٢
والديون منقسمة: فما لا مصير لها ٧٢
وما وصفه على اللزوم ٧٢
وما وضع على الجواز ولكن قد يصير إلى اللزوم ٧٢
هل يشترط في الدين ألا يكون به رهن ٧٢
فرع: لو جنى العبد المرهون جناية، فقال المرتهن: أنا أفديه ٧٣
* **الركن الثالث: الصيغة، وشرطها، وموجبها** ٧٤
تعريف من نريد بالصيغة: الإيجاب والقبول، **وفيه خمس مسائل**: ٧٤
الأولى: كل شرط يوافق وضع الرهن كقوله: بشرط أن يباع ٧٤
الثانية: إذا قال: رهنتُ الأشجار بشرط أن تكون الثمار ٧٥
الثالثة: إذا قال: أقرضتك هذا الألف بشرط أن ترهن ٧٥
الرابعة: إذا قال: رهنتك الخريطة بما فيها ٧٦
الخامسة: هل يندرج الأسُّ والمغرس تحت اسم الشجرة والجدار ٧٧
* **الركن الرابع: العاقد** ٧٨
ويعتبر فيه ما [يعتبر] في البيع زيادة أمر وهو ٧٨
أمَّا وليّ الطفل فالنظر في رهنه وارتهانه ٧٨
حكم المكاتب، والمأذون ٨٠

الباب الثاني
في القبض والطوارئ قبله

وفيه قسمان: ٨١

* **القسم الأول: في القبض** ٨١

وهو ركن في الرهن لا يلزم إلَّا به ٨١

يشترط لصحة القبض، ما يشترط للعقد ٨٢

النظر في صورة القبض ٨٢

هي التخلية في العقار والنقل في المنقول ٨٢

هل يشترط الرجوع إلى بيته ومشاهدة المرهون ٨٣

فيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنَّه لا بدّ منه ليتحقق التمكن ٨٣

والثاني: أنَّه لا يشترط ٨٤

والثالث: أنَّه إن استيقن وجوده ٨٤

إن شرطنا شيئًا سوى مضيّ الزمان، فهل تجوز الاستنابة؟ ٨٥

* **القسم الثاني من الباب: الكلام في الطوارئ قبل القبض** ٨٧

والنظر في: تصرفات الراهن، وأحوال العاقد، وأحوال المعقود عليه ٨٧

- **أمَّا التصرفات**: فكل ما يزيلُ الملك فهو رجوع عن الرهن ٨٧
- **أمَّا أحوال العاقدين** ٨٧
- **أمَّا أحوال المعقود عليه** ٨٨

التفريع على ما سبق ٨٩

الباب الثالث
في حكم المرهون
بعد القبض في حق المرتهن والراهن

تمهيد في فهم حقيقة الرهن ٩٢
النظر يتعلق بأربعة أطراف: ٩٢
* **الطرف الأول: فيما حجر على المالك فيه** ٩٢
* تصرف الراهن من ثلاثة أوجه: ٩٣
الأول: التصرف القوليّ ٩٣
التفريع على ما سبق ٩٣
الثاني: الوطء ٩٤
التفريع: إذا أوجبنا القيمة، ففيه ثلاثة أوجه ٩٦
الثالث: الانتفاع ٩٦
التفريع: إن قلنا: يمنع ٩٧
* **الطرف الثاني: في بيان جانب المرتهن** ١٠٠
أمور خمسة تحددت في جانب المرتهن: ١٠١
● الأمر الأول: استحقاق اليد في الحال ١٠١
فرع: لو تغيَّر حال العدل ١٠١
● الأمر الثاني: استحقاق البيع: وهو ثابت عند حلول الدين ١٠٢
وفيه فروع أربعة: أحدها: لو رجع أحدهما من الإذن ١٠٣
الثاني: لو أذن الراهنُ للعدل عند الرهن بالبيع عند حلول الأجل ١٠٣
الثالث: أنَّه لو ضاع الثمن في يد العدل ١٠٣
الرابع: إذا باع العدل بالغبن ١٠٣

• الأمر الثالث: تَعَهُّدُ المرهون، ومؤونته على الراهن ١٠٤

• الأمر الرابع: المرهون أمانة في يد المرتهن ١٠٦

فروع: أحدها: لو رهن عنده أرضًا وأذن له ١٠٦

الثاني: إذا كان الدين مؤجلًا بشهر، فقال: رهنتك بشرط أن يكون مبيعًا منك بعد حلول الأجل ١٠٧

الثالث: إذا ادعى المرتهن ردَّ الرهن أو تلفه ١٠٧

الرابع: حكم المرتهن من الغاصب، والمستأجر منه على جهل ١٠٨

• الأمر الخامس: تصرفات المرتهن، ممنوع من جميعها ١٠٨

في المهر وجهان: أحدهما: السقوط لإذنه ١٠٩

والثاني: الوجوب كالمفوِّضة ١٠٩

وفي قيمة الولد طريقان ١٠٩

* **الطرف الثالث: في محل الوثيقة** ١٠٩

* **الطرف الرابع: في غاية الرهن وما به انفكاكه** ١١٢

• أما الفسخ ١١٢

• فوات عين المرهون بآفة سماوية، وما يلتحق به ١١٢

إذا كانت الجناية متعلقة بالسيد فلها ثلاث أحوال: ١١٣

إحداها: أن يجني على طرفه أو على عبده ١١٣

الثانية: إذا جنىٰ على ابن الراهن فمات الابن ١١٣

الثالثة: إذا جنى على عبد آخر له مرهون ١١٤

• السبب الآخر: في فك الرهن: قضاءُ الدين ١١٥

وهو قسمان: ١١٥

❑ الأول: أن يقضي من غير المرهون ١١٥

فرع: حيث يتميز الحكمُ بتعدد المالك ١١٧
□ **القسم الثاني**: في قضاء الدَّين من ثمن المرهون ١١٧
فرع: لو حضر الراهن مجلس القاضي وكلَّف المرتهن ١١٨

الباب الرابع:
في النزاع بين المتعاقدين

وهو في أربعة أمور: العقد، والقبض، والجناية، وما يوجب فك الرهن ١١٩
* **النزاع الأول: في العقد** ١١٩
فروع ثلاثة: أحدها: إذا تنازعا في قدر المرهون، فالقول قول الراهن ١١٩
الثاني: إذا ادّعى رجل على رجلين رهن، فكذبه أحدهما وصدقه الآخر ١٢٠
الثالث: لو ادّعى رجلان على واحد أنه رهن منهما على الكمال، فصدَّق أحدهما ١٢٠
* **النزاع الثاني: في القبض** ١٢٢
فرع: لو قامت بينة على الراهن بالإقباض بعد إنكاره ١٢٣
* **النزاع الثالث: في الجناية**: إن جنىٰ على المرهون واعترف الجاني ١٢٣
التفريع على ما سبق ١٢٥
* **النزاع الرابع: فيما يفكُّ الرهن** ١٢٨
وفيه أربعة فروع: ١٢٨
الأول: إذا كان المرتهن أذن في بيع الرهن ١٢٨
الثاني: إذا سلم إلى المرتهن ألفًا به رهن وله على الراهن ألف آخر ١٢٨
الثالث: إذا باع العدل المرهون بالإذن وادعىٰ تسليم الثمن إلى المرتهن ١٢٩
الرابع: تنازعا في عيب المرهون: أنَّه قديم ١٢٩

كتاب التفليس

تعريف التفليس ١٣١

* **القسم الأول: فيما إذا لم يكن عن ثمن مبيع، أو كان ولكن المبيع هالك** ١٣٤

فالنظر في ثلاثة أحكام: ١٣٤

* **الحكم الأول: التصرف المحجور فيه** ١٣٤

تعريف هذا الحكم ١٣٤

في التعريف ثلاثة قيود: ١٣٤

القيد الأول: ما يصادف المال ١٣٤

القيد الثاني: قولنا: المال الموجود عند ضرب الحجْر ١٣٦

القيد الثالث: قولنا: مبتدأ. فيه احتراز عن مسألتين: ١٣٧

إحداهما: أنَّه لو اشترىٰ شيئًا ووجد فيه عيبًا ١٣٧

الثانية: إذا اشترىٰ بشرط الخيار ثلاثة أيام، فحجر عليه قبل مضي المدة ١٣٧

فرعان: أحدهما: لو كان له على غيره دين، فأنكر ١٣٨

الثاني: لو أراد من عليه الدَّين سفرًا، منعه من له دين حال ١٣٩

* **الحكم الثاني: بيع مالِ المفلس وقسمتهُ** ١٣٩

وللقاضي ذلك بشرط رعاية الغبطة ١٣٩

* **الحكم الثالث: حبسه إلى ثبوت إعساره** ١٤٣

العجز عن إقامة بينة الإعسار ١٤٤

التفريع على ما سبق ١٤٥

فرع: في حبس الوالدين في دين الولد وجهان ١٤٥

* **القسم الثاني من الكتاب: فيما إذا كانت الديون لازمة في أثمان السلع وهي قائمة** ١٤٧
ضبط المذهب ١٤٧
والضبط مقيد بقيود: ١٤٨
* **القيد الأول**: «التعذر» وهو مؤثر ١٤٨
* **القيد الثاني**: «الحال» احترزنا به عن المؤجل، فلا رجوع به ١٤٨
* **القيد الثالث**: «المستحق في معاوضة محضة» احترزنا به عن النكاح والخلع والصلح ١٤٩
* **القيد الرابع**: «سابقة على الحجر» احترزنا به عما يجري بسبب لزومه بعد الحجر ١٥٢
وهل يزاحم بها الغرماء؟ فيه وجهان: منهم من قال: لا؛ فإنَّه دَين جديد ١٥٢
ومنهم من قال: بلىٰ؛ لأن سببه سابق وهو الإجارة ١٥٢
* **القيد الخامس**: «بسبب إفلاس المستحق عليه» احترزنا به عن الامتناع مع القدرة ١٥٣
* **القيد السادس**: «يثبت الرجوع على الفور» احترزنا فيه عن التأخير، وفيه وجهان: ١٥٣
أحدهما: أنَّه يبطل به؛ كالرد بالعيب ١٥٣
والثاني: أنَّه على التراخي ١٥٣
* **القيد السابع**: «إذا كان قائمًا» احترزنا به عن الهالك والخارج عن ملكه ١٥٤
* **القيد الثامن**: «بحاله» احترزنا به عن تغيّر المبيع ١٥٤
التغيّر مقسَّم إلى قسمين: ١٥٤
١ ـ التغيّر بالنقصان، وهو نوعان: ١٥٤

ـ نقصان الصفة ١٥٥
ـ نقصان (عين) بفوات البعض ١٥٥
فرع: اشترى بعشرة دراهم عشرة أرطال زيتًا ١٥٦
٢ ـ التغيّر بالزيادة، وهي نوعان: ١٥٦
ـ التغير الحاصل من عينه ١٥٦
ـ الحاصل مما اتصل من وجه دون وجه، وهو الحمل ١٥٧
فروع أربعة: الأول: إذا كان الولدُ منفصلًا ففي رجوعه ١٥٨
والثاني: إذا قال البائع: رجعتُ في الأشجار المبيعة قبل التأبير ١٥٩
الثالث: إذا بقيت الثمار للمشتري ١٦٠
الرابع: إذا كان الرجوع يقتضي عود الثمار إليه ١٦٠
ـ أمّا الزيادة المتصلة بالمبيع من خارج، فثلاثة أقسام: ١٦١
القسم الأول: العين المحض، هو أن يبني في الأرض ١٦٢
القسم الثاني: ما هو وصف من وجه وعين من وجه ١٦٣
القسم الثالث: الأثر المحض ١٦٤
فرع: لو استأجر أجيرًا للقصارة، وأفلس قبل أداء الأجرة والثوب ١٦٤

كتاب الحجر

أسباب الحجر خمسة: الصِّبا، والجنون، والرِّقُّ، والفَلْسُ، والتبذير ١٦٧
تعريف التبذير ١٦٨
*** الفصل الأول في السبب: وهو تبذير يتصل بالصِّبا تارة، وتارةً يطرأ بعد البلوغ** ١٦٩
إن اتصل التبذير بالصبا ١٦٩
إن طرأ التبذير بعد أن بلغ راشدًا ١٦٩

وأسباب البلوغ أربعة: أحدها: السن ١٧١

الثاني: الاحتلام ١٧٢

الثالث: الحيضُ في (حق) النساء ١٧٣

الرابع: إنبات العانة في حق صبيان الكفار ١٧٣

فرع: الخنثىٰ إذا احتلم ١٧٤

* **الفصل الثاني: فيما ينفذُ من التصرفات وما لا ينفذُ** ١٧٦

الضبط فيه ١٧٦

فروع ثلاثة: أحدها: لو أقرَّ بإتلافِ مالِ الغير، ففيه وجهان ١٧٧

الثاني: بيعُ الاختبار ١٧٧

الثالث: لو أحرمَ بالحج انعقد إحرامه ١٧٧

ثم فيه وجهان: أحدها: أنَّه كالمحصر، فيتحلل ١٧٨

والآخر: أنَّه كالمفلس، لا يتحلل ١٧٨

كتاب الصلح

وفيه ثلاثة أبواب ١٧٩

تعريف في الحاشية ١٧٩

* **الباب الأول: في الصحيح والفاسد منه** ١٨١

معنى الصلح والاستثناءات الواردة فيه ١٨١

فرع: في الصلح على الإقرار ١٨٤

فيما إذا كان الصلح على الإنكار ١٨٥

فرعان: أحدهما: لو قال لأجنبي: أنت محق وأنا أشتريه بنفسي ١٨٧

الثاني: إذا أسلم على عشر نسوة، ومات قبل البيان ١٨٧

* **الباب الثاني: في التزاحم على الأملاك** ١٨٩
والنظر فيه يتعلق بأمور: ١٨٩
* أما الطرق والشوارع ١٨٩
* وأما الجدار الحائل ١٩٣
* وأما الجدار المشترك، فالنظر في أمور: ١٩٤
- الانتفاع ١٩٤
- القسمة ١٩٥
- العمارة ١٩٦
فروع ثلاثة: أحدها: الجدار المشترك إن أعاده أحدهما بالنقض المشترك ١٩٧
الثاني: إذا أعاد أحد الشريكين الجدار بالنقض المشترك المشروط ١٩٨
الثالث: من له حق إجراء الماء في أرض الغير ١٩٩
* وأما السقف الحائل بين العلو والسفل ١٩٩
فروع على ما سبق ٢٠٠
* **الباب الثالث: في التنازع** ٢٠١
وفيه خمس مسائل: ٢٠١
المسألة الأولى: إذا ادعى رجلان دارًا في يد ثالث زعما أنهما شريكان فيها ٢٠١
الثانية: إذا ادعى رجل على رجلين دارًا في يدهما فأقرَّ أحدهما ٢٠٢
الثالثة: إذا تنازعا جدارًا حائلًا بين ملكيهما ٢٠٣
الرابعة: تنازع صاحب العلو والسفل في السقف ٢٠٥
الخامسة: إذا كان علو الخان لواحد وسفله للآخر، وتنازعا في العرصة ٢٠٦

كتاب الحوالة

تعريف في الحاشية ٢٠٧

وفيه بابان: ٢٠٧

* **الباب الأول: في أركانها** ٢٠٩

وهي خمسة: ٢٠٩

* **الركن الأول**: لفظ الحوالة ٢١٠

* **الركن الثاني**: المحال عليه ٢١٠

* **الركن الثالث**: الدَّين، وفيه شروط ٢١٢

وفي نجوم الكتابة ثلاثة أوجه ٢١٣

فرعان: **أحدهما**: إذا أفلس المحال عليه أو جحد ٢١٣

الثاني: إذا أحال المشتري البائع بالثمن على إنسان ٢١٤

تفريع على ما سبق ٢١٦

* **الباب الثاني: في التنازع** ٢١٨

وفيه مسائل: ٢١٨

الأولى: إذا باع عبدًا وأحال بثمنه على المشتري ٢١٨

الثانية: إذا قال مستحق الدَّين: أحلتني على فلان؛ فقال: لا ٢١٨

إن جرى النزاع بعد التلف، ففي ضمانه وجهان ٢١٩

كتاب الضمان

تعريف في الحاشية ٢٢١

وفيه ثلاثة أبواب: ٢٢١

* **الباب الأول: في أركانه:** ٢٢٣

* **الركن الأول: المضمون عنه**، ولا يشترط رضاه ٢٢٣
* **الركن الثاني: المضمون له**، وفي شرط معرفته وجهان ٢٢٤
* **الركن الثالث: الضامن**، ولا يشترط فيه إلَّا صحة العبارة، وكونه من أهل التبرّع ٢٢٥
فائدة صحته ٢٢٦
في تعلّقه بكسبه ثلاثة أوجه ٢٢٦
* **الركن الرابع: المضمون به**، وشرطه: أن يكون حقًّا ثابتًا لازمًا معلومًا ٢٢٧
القيد الأول: الثبوت ٢٢٧
القيد الثاني: كون الحق لازمًا ٢٣١
القيد الثالث: كونه معلومًا ٢٣١
* **الركن الخامس: في الكفالة بالبدن** ٢٣٢
وفي الكفالة ببدن من عليه عقوبة ثلاثة أوجه ٢٣٤
بماذا يخرج عن عهدة الكفالة؟ ٢٣٥
إن عجز عن إحضاره بموته أو هروبه ٢٣٥
فروع أربعة: أحدها: إذا مات المكفول له هل ينتقل حقه إلى ورثته؟ ٢٣٧
الثاني: إذا كفل ثلاثة ببدن إنسان فأحضره واحد ٢٣٧
الثالث: لو تكفل ببدن الكفيل جاز ٢٣٨
الرابع: لو ضمن تسليم عين المبيع فتلف قبل القبض انفسخ البيع ٢٣٨
* **الركن السادس: في الصيغة وما يقترن بها من شرط وتقييد** ٢٣٩
وفيه مسائل: الأولى: أن الضمان يصح بكل لفظ يدل على الالتزام ٢٣٩
الثانية: تعليق الضمان باطل على الجديد ٢٣٩

الثالثة: لو شرط في ضمان الدَّين الحال أجلًا ٢٤٠

الرابعة: لو شرط الضامن أن يعطي المضمون عنه ضامنًا، ففي صحته وجهان ٢٤٢

الخامسة: لو تكفل بعضو من بدنه، ففيه ثلاثة أوجه ٢٤٢

*** الباب الثاني: في حكم الضمان الصحيح** ٢٤٤

وله أحكام: ٢٤٤

*** الحكم الأول**: أنه يتجدد لمستحق الدَّين مطالبة الضامن ٢٤٤

وعليه فروع ثلاثة ٢٤٥

*** الحكم الثاني**: يجوز للضامن إجبار المضمون له على قبول الدَّين ٢٤٦

*** الحكم الثالث**: يتجدد للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليصه بقضاء الحق ٢٤٧

*** الحكم الرابع**: الرجوع بعد الأداء (إذا كان أشهد على الأداء) ٢٤٨

فرع: لو صالح المأذون على غيره جنسه، فثلاثة أوجه ٢٤٩

وإن ضمن بإذنه وأدى بغير إذنه، فثلاثة أوجه ٢٥٠

إن ضمن بغير إذن وغرم بالإذن، فوجهان ٢٥٠

لو لم يشهد على الأداء فلا رجوع له ٢٥٠

إن صدقه المضمون عنه دون المضمون له، فوجهان ٢٥١

إن صدَّقه المضمون له وكذَّبه المضمون عنه، فوجهان ٢٥١

لو أُشهد فماتوا أو غابوا. . . فالقول قول مَن؟ وجهان ٢٥١

فروع ثلاثة: **الأول**: لو صالح الضامن المضمون له ٢٥٣

الثاني: إذا ضمن العبد عن سيده بإذنه ٢٥٤

الثالث: لو ضمن السيد عن عبده بإذنه ٢٥٥

* **الباب الثالث: في الاختلاف:** ٢٥٦
وفيه مسألتان: ٢٥٦
* إحداهما: فيما يُسمع من تناقض قول المدَّعي ٢٥٦
* الثانية: ادَّعى ضمانًا بألف وأقام شاهدًا أنه ضمن ألفًا وآخر أنه ضمن خمسة مئة ٢٥٩

كتاب الشركة

تعريف في الحاشية ٢٦١
وفيه ثلاثة فصول: ٢٦٢
* **الفصل الأول: في أركانه:** ٢٦٣
* الركن الأول: المال الذي فيه الشركة ٢٦٣
وله شرائط: ٢٦٤
● الأول: أن يجري في نقد ٢٦٤
● الشرط الثاني: الاختلاط ٢٦٤
وفيه فروع: ٢٦٥
ـ الأول: شركة المفاوضة باطلة عند الشافعية، خلافًا لأبي حنيفة ٢٦٥
ـ الثاني: شركة الأبدان باطلة، خلافًا لأبي حنيفة ٢٦٦
ـ الثالث: شركة الوجوه باطلة ٢٦٧
ـ الرابع: هل الاستنابة تؤثر في إحراز المباحات حتَّى ينصرف الملك عن المحرز بالقصد؟ ٢٦٧
● الشرط الثالث: اقتران الخلط بالشركة ٢٦٩
● الشرط الرابع: استواء المالين ٢٦٩
● الشرط الخامس: معرفة مقدار النصيب حالة الشركة ٢٧٠

* الركن الثاني: صيغة العقد ٢٧٠
* الركن الثالث: العاقدان ٢٧١
* الفصل الثاني: في حكم الشركة الصحيحة: ٢٧٢
ولها ثلاثة أحكام: ٢٧٢
* الحكم الأول: تسلُّط كل واحد على التصرف بشرط الغبطة ٢٧٢
* الحكم الثاني: أن الربح والخسران موزع على نسبة المِلكين ٢٧٣
* الحكم الثالث: أن الشركة جائزة تنفسخ بالموت والجنون والفسخ ٢٧٤
* الفصل الثالث: في الاختلاف: ٢٧٦
وفيه مسألتان: ٢٧٦
إحداهما: أنه لو ادَّعى عليه أحد الشريكين الخيانة ٢٧٦
الثانية: إذا كان بين اثنين عبد مشترك فوكل أحدهما صاحبه ببيعه فباع ٢٧٧
المسألة بحالها ٢٧٩

كتاب الوكالة

تعريف في الحاشية ٢٨١
فيه ثلاثة أبواب: ٢٨١
* الباب الأول: في أركانها: ٢٨٣
وهي أربعة: ٢٨٣
* الركن الأول: ما فيه التوكيل ٢٨٣
وله ثلاث شرائط: ٢٨٣
• الشرط الأول: أن يكون قابلًا للنيابة ٢٨٣
واختلفوا في ثلاث مسائل: ٢٨٧

الأولى: الإقرار ٢٨٧

الثانية: التوكيل في تملك المباحات بإثبات اليد ٢٨٨

الثالثة: التوكيل بالخصومة لإثبات الأموال والعقوبات للآدميين جائز برضا الخصم ودون رضاه ٢٨٨

● **الشرط الثاني**: أن يكون ما به التوكيل مملوكًا لموكله ٢٩٠

● **الشرط الثالث**: أن يكون الموكل به مضبوط الجنس معلومًا ٢٩٠

وفيه أربع مسائل:

ـ **الأولى**: إذا وكَّل على العموم ٢٩٠

ـ **الثانية**: إذا وكَّل بتصرف خاص ٢٩١

ـ **الثالثة**: إذا جوَّزنا التوكيل بالإقرار ٢٩٢

ـ **الرابعة**: لو قال: وكلتك بمخاصمة خصمائي؛ فيه وجهان ٢٩٣

*** الركن الثاني: الموكل** ٢٩٣

وشرطه: أن يكون قادرًا على التصرف بنفسه ٢٩٣

*** الركن الثالث: الوكيل** ٢٩٤

وشرطه: أن يكون صحيح العبارة ٢٩٤

*** الركن الرابع: الصيغة** ٢٩٥

وفيه مسألتان:

إحداهما: أن الإيجاب لا بد منه ٢٩٥

وفي القبول ثلاثة أوجه ٢٩٥

الثانية: تعليق الوكالة بالشروط، وفيه خلاف مشهور ٢٩٧

فائدة: فساد الوكالة سقوط المسمَّى ٢٩٧

فرعان: ٢٩٨
أحدهما: لو قال وكلتك الآن ولكن لا تباشر التصرف إلَّا بعد شهر ٢٩٨
الثاني: إذا قال: كلما عزلتك فأنت وكيلي ٢٩٨
* **الباب الثاني: في حكم الوكالة الصحيحة:** ٢٩٩
ولها أربعة أحكام: ٢٩٩
* **الحكم الأول: وجوب الموافقة والامتثال** ٢٩٩
• فأما ما يوافق اللفظ في عمومه ويمتنع لمخالفة المقصود فذلك في الوكيل المطلق ٢٩٩
وفيه صور: ٣٠٠
الأولى: أن الوكيل بالبيع مطلقًا لا يبيع بالعرض ولا بالنسيئة ٣٠٠
الثانية: أن يبيع ممن شاء من أقاربه ولا يبيع من نفسه عند الإطلاق ٣٠١
الثالثة: الوكيل بالبيع إلى أجل، إن فصَّل له الأجل لم يزد، وإن أذن مطلقًا في الأجل فوجهان ٣٠٤
الرابعة: الوكيل بالبيع مطلقًا لا يملك تسليم المبيع قبل توفير الثمن ٣٠٥
وهل يملك قبض ثمن المبيع؟ وجهان ٣٠٥
الخلاف في أن الوكيل بالخصومة في حق هل يملك استيفاءه والوكيل بالاستيفاء هل يملك الخصومة؟ ثلاثة أوجه ٣٠٥
هل يملك إثبات الخيار وشرطه؟ ثلاثة أوجه ٣٠٦
الخامسة: الوكيل المطلق بالشراء إن اشترى عبدًا معيبًا، فإن جهل العيب وقع عن الموكل، وإن علمه، فثلاثة أوجه ٣٠٦
أما إذا كان لا يساوي ما اشتراه به إن علم لم يقع، وإن جهل، فوجهان ٣٠٧
تفريع على ما سبق ٣٠٨

السادسة: الوكيل المطلق بتصرف معين لا يوكل فيه ٣١٠
ولو فوض إليه تصرفات لا يطيقها، فثلاثة أوجه ٣١٠
● **أما الوكيل المقيد**، فيجب أن يتبع قيود التوكيل ولا يخالف ٣١٢
وفيه صور: ٣١٢
الأولى: لو قال: بع من شخص مخصوص، أو في مكان مخصوص، أو بنقد مخصوص، أو وقت مخصوص ٣١٢
الثانية: إذا سلَّم دينارًا وقال: اشتر به شاة؛ فاشترى شاتين ٣١٤
الثالثة: لو وكله بشراء عبد بألف، فاشترى نصفه بأربعمائة ٣١٥
الرابعة: إذا وكَّله بشراء فاسد؟ لم تصح الوكالة ٣١٦
الخامسة: الوكيل بالخصومة لا يقر على موكله ٣١٧
السادسة: إذا قال: خذ مالي من فلان؛ فمات ٣١٨
السابعة: لو وكَّل رجلين بالخصومة، فهل لكل واحد الاستبداد؟ ٣١٩
الثامنة: إذا سلَّم إليه ألفًا وقال: اشتر بعينها عبدًا؛ فاشترى في الذمة ٣١٩
التاسعة: إذا قال: بع من زيد بألف؛ فباع بألفين ٣٢٠
فإن قيل: فحيث خالف الوكيل ما حكمه؟ ٣٢١
*** الحكم الثاني للوكالة: ثبوت حكم الأمانة للوكيل** ٣٢٢
*** الحكم الثالث: العهدة والمطالبة** ٣٢٤
ولها ثلاثة مواضع: ٣٢٤
● **الأول**: في الشراء ٣٢٤
● **الثاني**: إذا خرج المبيع مستحقًّا وقد تلف الثمن في يد الوكيل، فمن يطالب؟ ٣٢٥
● **الثالث**: الوكيل بشراء العبد إذا قبض العبد المشترى وتلف في يده ٣٢٦

* الحكم الرابع للوكالة: الجواز ٣٢٧
ينعزل الوكيل بثلاثة أسباب: ٣٢٧
الأول: عزل الموكل إياه بمشهد منه ٣٢٧
الثاني: عزل الوكيل نفسه وتعديه في حال الوكالة ٣٢٨
الثالث: أن يخرج الموكل بالجنون أو الموت عن أهلية التوكيل ٣٢٩
* الباب الثالث: في تنازع الوكيل والموكل: ٣٣١
ونزاعهما في ثلاثة مواضع: ٣٣١
* النزاع الأول: النزاع في أصل الوكالة أو صفتها ٣٣١
فرعان: أحدهما: إذا باع الوكيل بالنسيئة، وأنكر الموكل الإذن في الأجل ٣٣٢
الثاني: إذا اشترى جارية بعشرين، فقال الموكل: ما أذنت إلا في عشرة .. ٣٣٢
* النزاع الثاني: في التصرف المأذون فيه ٣٣٤
فرع: من يصدّق في دعوى الردّ ٣٣٦
* النزاع الثالث: في استيفاء الثمن ٣٣٩

كتاب الإقرار

تعريف في الحاشية ٣٤١
وفيه أربعة أبواب: ٣٤١
* الباب الأول: في أركانه: ٣٤٣
وهي أربعة: المُقر، والمقر له، والمقر به، وصيغة الإقرار ٣٤٣
* الركن الأول: المقر ٣٤٣
وينقسم إلى مطلق ومحجور عليه: ٣٤٣
● ونعني بالمطلق: المكلف الذي لا حَجر عليه ٣٤٣

● وأما المحجور عليه: فأسباب الحجر ستة ٣٤٤
ـ الصبا والجنون ٣٤٤
ـ التبذير ٣٤٥
ـ الفلس ٣٤٦
ـ الرق ٣٤٦
ـ المرض ٣٤٨
فروع ثلاثة: ٣٥٠
أحدها: لو أقر في المرض بأنه وهب من الوارث قبل المرض وسلَّم ٣٥٠
الثاني: لو أقر بعين مما في يده لغيره ٣٥٠
الثالث: لو ادعى إنسان أنه أوصى له بالثلث، وآخر أنه أقر بألف ٣٥٠
* الركن الثاني: المقر له ٣٥٢
وله شرطان: ٣٥٢
● الشرط الأول: أن يكون محلًّا للاستحقاق ٣٥٢
فرعان ٣٥٤
● الشرط الثاني: أن لا يكذِّب المقر له ٣٥٤
* الركن الثالث: المقر به ٣٥٥
وشرطه: أن يكون مما يستحق جنسه ٣٥٥
فرع على ما سبق ٣٥٦
* الركن الرابع: صيغة الإقرار ٣٥٨
فرع عليه ٣٥٩
* الباب الثاني: في الأقارير المجملة: ٣٦١
وألفاظها كثيرة والذي يقصد بيانه عشرة: ٣٦١

* اللفظ الأول: الشيء ٣٦١
* اللفظ الثاني: الغصب ٣٦٤
* اللفظ الثالث: المال ٣٦٤
* اللفظ الرابع: الأكثر ٣٦٦
* اللفظ الخامس: كذا ٣٦٦
* اللفظ السادس: ذكر المبين عقيب مُبهم ٣٦٨
* اللفظ السابع: الدراهم ٣٧٠
فروع: لو قال: له علي من درهم إلى عشرة؛ فثلاثة أوجه ٣٧١
* اللفظ الثامن: في معنى الإضافة إلى الظرف ٣٧٢
● وله أربع صور ٣٧٢
الصورة الأولى: أن يقول: له عندي زيت في جرة... لا يكون مقرًّا بالظرف ٣٧٢
الصورة الثانية: إذا قال: له عندي ألف درهم في هذا الكيس؛ لا يكون إقرارًا بالكيس ٣٧٤
الصورة الثالثة: أن يقول: لفلان في هذا العبد ألف درهم... يطالب بتفسيره ٣٧٥
الصورة الرابعة: إذا قال: له في هذا المال ألف... ما الذي يلزمه؟ ٣٧٦
* اللفظ التاسع: في تكرير المقَرّ به ٣٧٧
* اللفظ العاشر: إذا قال: هذا ولدي ولدته هذه الجارية وقد علقت به في ملكي؛ فهو إقرار ٣٨٣
فرع دخيل: إذا تنازع رجلان في جارية، فقال أحدهما: زوجتنيها؛ وقال الآخر: بعتكها؛ فالنظر في أربعة أمور: ٣٨٣
ـ الأول: في فصل الخصومة ٣٨٣

ـ **الثاني**: إن حلف الزوج على نفي الشراء لم يطالب بالثمن ٣٨٤

ـ **الثالث**: هل يحل للزوج وطؤها؟ ٣٨٥

ـ **الرابع**: نفقة الولد بعد الاستيلاء على المستولد. ٣٨٦

*** الباب الثالث: في تعقيب الإقرار بما يرفعه:** ٣٨٨

وهو قسمان: ٣٨٨

*** أحدهما: أن يعقبه بما يرفعه كله** ٣٨٨

● وفيه سبع مسائل: ٣٨٨

الأولى: إذا قال: لفلان عليَّ ألف من ثمن كذا. . . فيه الخيار لنفسه ٣٨٨

الثانية: إذا قال: له علي ألف لا يلزمني؛ يلزمه الألف؛ لأنه متناقض ٣٩٠

الثالثة: إذا قال: عليَّ ألف مؤجل، طريقان ٣٩١

الرابعة: إذا قال: له عليَّ ألف؛ ثم جاء بألف، وقال: هذه وديعة عندي ٣٩١

الخامسة: لو قال: هذه الدار لك عارية أو هبة، هل له أن يخرج المقر له منها مهما شاء؟ ٣٩٣

السادسة: إذا قال: رهنت وأقبضت؛ ثم فسَّر ذلك وأوضح مراده ٣٩٤

السابعة: إذا قال: هذه الدار لزيد بل لعمرو. . . وهل يغرم؟ فيه قولان ٣٩٥

*** القسم الثاني: فيما يرفع بعض الإقرار** ٣٩٧

● وفيه ثلاث مسائل: ٣٩٧

الأولى: جواز الاستثناء الأقل والأكثر ما بقي من المقر به شيء ٣٩٧

الثانية: الاستثناء من غير الجنس صحيح عند الشافعية خلاف الحنفية ٣٩٨

الثالثة: الاستثناء عن العين، كقوله هذه الدار لفلان إلَّا. ٣٩٩

* **الباب الرابع: في الإقرار بالنسب:** ٤٠٠
وهو قسمان: ٤٠٠
* **القسم الأول: أن يُقر على نفسه ويستلحق شخصًا** ٤٠٠
لو استلحق صغيرًا فمات الصغير ٤٠١
لو استلحق صغيرًا فبلغ وأنكر، فيه وجهان ٤٠١
فرعان على ما سبق، وفيهما أوجه ٤٠٢
* **القسم الثاني: أن يُقر بالنسب على مورثه** ٤٠٦
البنت الواحدة إذا أقرت وأقرَّ معها إمام المسلمين، ففي ثبوت النسب بقول الإمام وجهان ٤٠٧
إذا خلف ابنين، فأقرَّ أحدهما وأنكر الآخر ٤٠٧
تفريع على ما سبق ٤٠٨
فروع سبعة في الإقرار والإنكار ٤٠٩

كتاب العارية

والنظر في: أركانها، وأحكامها، وفصل الخصومة فيها: ٤١٣
تعريف في الحاشية ٤١٣
* **الأركان:** ٤١٣
الركن الأول: المعير ٤١٣
الركن الثاني: المستعير ٤١٥
الركن الثالث: المعار، وفيه شرطان: ٤١٥
أحدهما: أن يكون منتفعًا مع بقائه ٤١٥
الثاني: أن يكون الانتفاع مستباحًا ٤١٦
الركن الرابع: صيغة الإعارة. ولا بد فيه من الإيجاب ٤١٦

* **الأحكام:** ٤١٧
* **الحكم الأول**: الضمان ٤١٧
وفي كيفيته ثلاثة أقوال: ٤١٨
المستعير من المستأجر هل يضمن؟ وجهان ٤١٩
المستعير من الغاصب ٤١٩
حد المستعير ٤٢٠
* **الحكم الثاني**: التسلُّط على الانتفاع ٤٢١
* **الحكم الثالث**: الجواز ٤٢٢
للمعير الرجوع مهما شاء إلَّا لأمور ٤٢٢
هل يجوز للمستعير بيع البناء؟ ٤٢٤
فرعان على ما سبق: ٤٢٥
أحدهما: فيما لو بادر المستعير وقلع الغراس ٤٢٥
الثاني: فيما لو حمل السيل نواةً لإنسان إلى ملك غيره فأنبتت ٤٢٦
* **فصل الخصومة** ٤٢٧
ولها ثلاثة صور: ٤٢٧
* **الصورة الأولى**: إذا قال راكب الدابة لمالكها: أعرتنيها؛ فقال المالك: بل أجَّرتكها ٤٢٧
تفريع فيما إذا قلنا القول قول المالك ٤٢٧
* **الصورة الثانية**: أن يقول المالك: بل غصبتها ٤٢٩
* **الصورة الثالثة**: أن يقول الراكب: أكريتنيها؛ وغرضه إسقاط الضمان عند التلف ٤٣٠

كتاب الغصب

تعريف في الحاشية ٤٣١
وفيه بابان: ٤٣١
* **الباب الأول: في الضمان:** ٤٣٣
وله ثلاثة أركان: الموجب، والموجَب فيه، والواجب ٤٣٣
* **الركن الأول: الموجب للضمان، وهو ثلاثة:** ٤٣٣
الأول: المباشرة ٤٣٣
الثاني: السبب ٤٣٤
الثالث: إثبات اليد ٤٣٩
حد الغصب في العقار ٤٤١
لو أثبتت يد على يد الغاصب وتلف فيها؟ ٤٤١
لو أتلف الآخذ من الغاصب ٤٤٣
لو قال للمالك: اقتل هذا العبد فإنَّه لي؛ أو قال: أعتق ٤٤٤
* **الركن الثاني: في الموجب فيه، وهو الأموال** ٤٤٥
وينقسم إلى: المنفعة والعين ٤٤٥
● **أما العين، فينقسم إلى الحيوان وغيره** ٤٤٥
❑ **فيما يخص الحيوان** ٤٤٥
❑ **فيما يخص الجمادات** ٤٤٦
● **أما المنفعة، فتضمن بالتفويت والفوات تحت اليد العادية** ٤٤٨
❑ أما منفعة البضع ٤٤٨
❑ وأما منفعة بدن الحرّ ٤٤٨

* الركن الثالث: في الواجب ٤٥٠
وينقسم إلى: المِثل والقيمة ٤٥٠
• القسم الأول: المثل: فواجب في كل ما هو من ذوات المثل ٤٥٠
وفي المثليات ست مسائل: ٤٥١
الأولى: إذا أعوز المثل رجعنا إلى القيمة ٤٥١
الثانية: إذا غرم القيمة ثم قدر على المثل ٤٥١
الثالثة: إذا أتلف مثليًّا فظفر به المالك في غير ذلك المكان هل يطالبه بالمثل؟ ٤٥٢
الرابعة: إذا كسر آنية قيمتها كذا ووزنها كذا ٤٥٣
الخامسة: لو لم يوجد المِثل إلَّا بأكثر من ثمن المثل ٤٥٤
السادسة: لو اتخذ من الحنطة دقيقًا وقلنا: لا مثل للدقيق ٤٥٤
• القسم الثاني: المتقوِّمات ٤٥٥
وفيه أربع مسائل: ٤٥٥
الأولى: إذا أبق العبد المغصوب، طولب الغاصب بقيمته ٤٥٥
الثانية: إذا تنازعا في تلف المغصوب ٤٥٦
الثالثة: إذا تنازعا في عيب في أصل الخلقة ٤٥٨
الرابعة: إذا تنازعا في الثوب الذي على العبد المغصوب ٤٥٨
* الباب الثاني: في الطوارئ على المغصوب من نقصان أو زيادة أو تصرُّف: ٤٥٩
وفيه ثلاثة فصول: ٤٥٩
* الفصل الأول: في النقصان ٤٥٩
وفيه أربع مسائل: ٤٥٩

المسألة الأولى: إذا غصب شيئًا يساوي عشرة، فعادت قيمته إلى درهم ٤٥٩
فرع: لو قتل العبد قتل قصاص، فاستوفى السيد القصاص ٤٦٣
المسألة الثانية: إذا نقص العبد بأن جنى جناية استحق عليها القصاص فقُتل ٤٦٤
المسألة الثالثة: إذا نقل التراب في أرض المالك وتلف التراب ٤٦٤
المسألة الرابعة: إذا أخصى الغاصب العبد يلزمه كمال قيمته ٤٦٧
*** الفصل الثاني: في الزيادة** ٤٧٠
وفيه خمس مسائل: ٤٧٠
المسألة الأولى: زيادة الأثر، كما إذا غصب حنطة فطحنها ٤٧٠
المسألة الثانية: زيادة العين، بأن غصب ثوبًا قيمته عشرة وصبغه بصبغ من عنده قيمته عشرة ٤٧١
فروع أربعة على المسألة ٤٧٣
المسألة الثالثة: إذا غصب أرضًا وبنى فيها أو زرع ٤٧٥
المسألة الرابعة: في الخلط، إذا خلط الزيت المغصوب بزيت هو ملكه ٤٧٥
التفريع ٤٧٦
فروع أربعة ٤٧٧
المسألة الخامسة: في التركيب، إذا غصب ساجة وأدرجها في بنائه ٤٧٨
فرعان ٤٨٠
*** الفصل الثالث: في تصرُّفات الغاصب** ٤٨١
والنظر في طرفين: ٤٨١
● **الأول**: في الوطء ٤٨١
● **الثاني**: فيما يرجع به المشتري على الغاصب ٤٨٥

كتاب الشفعة

تعريف في الحاشية ٤٨٩

وفيه ثلاثة أبواب: ٤٨٩

*** الباب الأول: في أركان الاستحقاق:** ٤٩١

وهي ثلاثة: المأخوذ، والآخذ، والمأخوذ منه ٤٩١

* الركن الأول: المأخوذ ٤٩١

فروع ثلاثة ٤٩٣

* الركن الثاني: الآخذ ٤٩٤

* الركن الثالث: المأخوذ منه ٤٩٧

فروع عشرة ٥٠٠

*** الباب الثاني: في كيفية الأخذ وحكم المأخوذ:** ٥٠٦

وفيه ثلاثة فصول: ٥٠٦

*** الفصل الأول: فيما يحصل به الملك** ٥٠٦

فرع: هل تلتحق معاوضة الشفعة بالبيع في ثبوت خيار المجلس ٥٠٨

*** الفصل الثاني: فيما يبذل من الثمن، وفيه مسائل:** ٥٠٩

الأولى: أن الشفيع يأخذ الشقص مما بذله المشتري مثليًا أو متقومًا ٥٠٩

الثانية: اشترى شقصًا بألف إلى سنة، ثلاثة أقوال ٥١٠

الثالثة: إذا اشترى شقصًا وسيفًا بألف، وقيمة السيف مائة وقيمة الشقص مائتان ٥١١

الرابعة: إذا اشترى الشقص بألف، ثم انحطت مائة، فللحط أربعة أسباب ٥١٣

الخامسة: إذا اشترى بكف من الدراهم مجهول المقدار ٥١٦

السادسة: الشفيع يسلِّم الثمن إلى المشتري والمشتري إلى البائع ولا معاملة بين الشفيع والبائع ٥١٧

فرع: لو خرج الشقص مستحقًّا بعد أن بنى فيه الشفيع، نقض المستحق بناءه مجانًا ٥١٩

السابعة: يزيد الثمن على الشفيع بأن يبني المشتري ويغرس، فليس له قلعه مجانًا ٥٢٠

الثامنة: إذا تنازع المشتري والشفيع في قدر الثمن، فالقول قول المشتري ٥٢٢

إن أنكر المشتري الشراء وأصر، فثلاثة أوجه ٥٢٣

تفريع: إن قلنا: له الشفعة فماذا يصنع بالثمن؟ ٥٢٤

*** الفصل الثالث: في الأخذ عند تزاحم الشركاء** ٥٢٥

وله ثلاثة أحوال: ٥٢٥

● **الحالة الأولى**: إذا توافقوا في الطلب، وزِّع عليهم بالسوية ٥٢٥

فإن تفاوتت حصصهم، فقولان ٥٢٥

فروع ثلاثة على ما سبق ٥٢٥

● **الحالة الثانية**: أن يعفو بعض الشركاء ٥٢٧

وفيه وجهان غريبان ٥٢٧

● **الحالة الثالثة**: أن يغيب بعض الشركاء ٥٢٨

الحاضر يأخذ الكل حذرًا من التشطير على المشتري ٥٢٨

فرع: لا يجوز التبعيض على المشتري مهما اتحدت صفقته، فإن تعددت؟ ٥٢٨

*** الباب الثالث: فيما يسقط به حق الشفعة**: ٥٣٠

وقد اختلف في مدَّته قول الشافعي ٥٣٠

الصحيح هو الجديد: أنه على الفور ٥٣٠
الثاني: رواية حرملة أنه يتمادى ٥٣١
الثالث: أنه على التأبيد، كحق القصاص ٥٣١
الاختلاف في أمرين ٥٣١
والتفريع بعد هذا على الصحيح أنه على الفور، وبيانه بصور سبعة ٥٣٢
فرع: إذا تنازعا في العفو، فالقول قول الشفيع أنه ما عفا ٥٣٦

❑ ❑ ❑